

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR

LA THÉORIE DE LA PREUVE

EN DROIT MUSULMAN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 8 décembre 1910, à 3 heures

PAR

François MARNEUR

Lauréat de l'Ecole de Droit d'Alger

Président : M. MASSIGLI, professeur.

Suffragants : { *MM. JOBBÉ-DUVAL, professeur.*
TISSIER, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

—
1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR

LA THEORIE DE LA PREUVE

EN DROIT MUSULMAN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

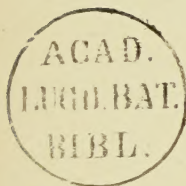
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 8 décembre 1910, à 3 heures

PAR

François MARNEUR

Lauréat de l'Ecole de Droit d'Alger



Président : M. MASSIGLI, professeur.

Suffragants : { MM. JOBBÉ-DUVAL, *professeur.*
 TISSIER, *professeur.*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1910

MEIS ET AMICIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

AVANT-PROPOS

Nous avons cru devoir exposer la théorie générale de la preuve en droit musulman, nous ne dirons pas en entier car nous savons trop combien nous sommes incomplet — et il était facile de l'être dans un sujet aussi vaste — mais dans son ensemble, c'est-à-dire que nous examinons à la fois la preuve en matière civile et la preuve en matière criminelle. Nous avons été poussé à le faire à cause de l'intérêt historique, en même temps qu'à cause de la nécessité d'étudier l'ensemble pour comprendre les différentes parties de cette théorie ; d'autre part, les auteurs musulmans commentent la théorie de la preuve en droit civil et en droit criminel, non pas côte à côte, mais simultanément, il nous eût été difficile d'étudier l'une sans parler de l'autre.

Cela, il est vrai, nous a entraîné à examiner des moyens de preuve qui n'ont plus aucune application à l'heure actuelle en Algérie, mais ne doit pas faire dire que nous sommes sorti de notre sujet. Nous nous sommes proposé, en effet, de donner la théorie de la preuve en droit musulman classique, et ce sera

même cette partie de notre ouvrage qui sera la plus développée, nous avons voulu, ensuite, rechercher les modifications principales apportées aux règles du droit musulman, en la matière, par les législations musulmanes modernes, et enfin celles qui ont été faites en Algérie. Cela nous a permis de noter des évolutions nécessitées par les progrès des peuples auxquels s'applique la loi musulmane.

La théorie générale est le but de notre étude ; nous avons cru, cependant, indispensable d'imager cette théorie d'exemples, qui sont certainement des cas particuliers, mais qui nous ont paru présenter l'avantage de donner un peu de jour à notre exposé.

Nous devons nous expliquer aussi sur le plan que nous avons suivi ; après une première partie assez brève dans laquelle nous examinons le rôle du cadi(1), celui du demandeur et du défendeur, la recherche des faits à prouver, les facilités et les rigueurs de la preuve — ce qu'on pourrait appeler le mécanisme de la preuve — nous nous sommes livré à l'étude des moyens de preuve et des conflits de preuves.

Dans chaque chapitre de notre étude nous exposons le droit sunnite, c'est-à-dire la preuve dans les

1. La justice est administrée par les cadis qui représentent l'Iman, successeur du Prophète. Nous n'avons pas cru devoir exposer l'organisation de la justice en un chapitre spécial. Nous en parlons cependant à propos de l'autorité de la chose jugée, et nous donnons un exposé rapide de la question dans la partie de notre ouvrage consacrée au droit musulman algérien.

rites orthodoxes hanéfi, malkéi, chaféi et hambali (1), puis nous cherchons à faire ressortir les différences que présentent les rites hétérodoxes chiite (2) et abadi (3) avec le droit sunnite. Enfin dans un chapitre spécial nous avons fait un court exposé des coutumes kabyles.

L'examen des coutumes kabyles semble déséquilibrer une étude de droit musulman, mais si l'on se

1. Les fondateurs sont : Abou Hanifa, 80.150 ; Malek, 94.179 ; Chaféi, 150.204 ; Ahmed ibn Hambal, 164.241 de l'hégire.

2. D'après eux, Ali et ses descendants doivent succéder au Prophète.

3. Parmi les Kharedjites, les uns prirent pour chef Abdallah ben Abad ; les autres Zidane ben Cofar, ces derniers ont disparu. D'après les Abadis, les sources du droit sont le Coran, la Sounna, et les décisions des trois premiers khalifes ; le Prophète n'étant qu'un homme, ses dires personnels n'ont pas de force obligatoire.

A l'heure actuelle les Hanéfis prédominent en Turquie (d'Europe et Asie Mineure), au Turkestan, aux Indes Anglaises et en Chine ; ils comptent des adeptes en Égypte, en Tunisie et aux Indes Néerlandaises.

Les Malékis occupent l'Afrique du Nord.

Les Chaféïs sont répandus dans l'archipel Indien, la presque île de Malacca, l'Arabie, l'Égypte, le Dekkan, Ceylan, le cap de Bonne-Espérance et sur la côte orientale de l'Afrique.

Les Hambalis se rencontrent dans quelques contrées de l'Arabie centrale et orientale et dans quelques provinces de l'Afghanistan.

Les Chiïtes occupent le royaume de Perse et quelques provinces de l'Hindoustan et de l'Yemen.

Les Abadis se trouvent aux pays d'Oman à Zanzibar et au Mzab.

En Algérie les Malékis prédominent, on trouve aussi des Hanéfis et des Abadis.

place au point de vue algérien, cet examen présente une utilité pratique ; de plus, il n'est pas sans intérêt de comparer ces coutumes avec le droit musulman.

Nous devons confesser que ce travail n'aura pas été pour nous sans difficultés, les unes sont dues au petit nombre d'auteurs musulmans traduits, ces auteurs n'ont d'ailleurs pas donné une étude d'ensemble de la matière, les autres à ce que nous ne nous sommes pas souvenu à temps du proverbe : « Qui trop embrasse mal étreint », de sorte que nous nous montrons parfois bien faible. Ce qui nous a encouragé c'est ce que dit en pareille occurrence Ibn Qasim al Ghazzi : « Lorsqu'un savant a tiré quelque utilité d'un ouvrage, il sait que pour peu que celui-ci ait du mérite, les passages bien rédigés doivent faire oublier ceux qui sont bien moins réussis (1). »

Nous espérons rendre ainsi les critiques moins sévères, quoiqu'un ironiste puisse dire qu'il voit bien des passages moins bien réussis, au besoin même des savants prenant la peine de les lire, mais qu'il cherche en vain les bien rédigés. A celui-là nous répondrons que notre travail présente de graves défauts, mais nous lui dirons aussi comme El Berri : « Si quelqu'un jette sur ce travail un regard équitable, qu'il se rappelle qu'on doit être indulgent pour les jeunes gens (2). »

1. Fath al Qarib, p. 733.

2. *Tlemsaniya*, trad. G. Faure Biguet, v. 31.

Nota. — Nous avons été précédé dans l'étude de la preuve en droit musulman par un article de M. Morand paru en 1901 dans la *Revue de Législation Algérienne et Tunisienne*, et qui fait aujourd'hui partie de son ouvrage : *Études de Droit Musulman Algérien* (p. 313 à 333). Cette étude intitulée : *Introduction à l'étude de la Preuve en Droit Musulman*, nous a rendu de grands services, nous avons regret qu'elle soit si courte.

Nous avons été également précédé par une thèse soutenue devant la Faculté de Droit d'Aix : *De la théorie des preuves du Droit musulman et son application dans la législation algérienne*, de M. A. Pfender. L'auteur ne nous en voudra pas de lui reprocher des erreurs dues à un défaut de documentation ; il a le tort, selon nous, de prendre Ebn Acem cadi de Grenade pour un auteur hanéfi (cf. Pfender, p. 11, 36, 78) alors qu'il est maléki, et les Azemites pour des Hambalis, alors que ce nom est donné aux Hanéfis (cf. Pfender, p. 125). Notre thèse aura donc une utilité : signaler des confusions dues à ces méprises.

BIBLIOGRAPHIE

- BAILLIE. — A digest of moohummudan Law. Hanifea-Imamea. London, 1875.
- VAN DEN BERG. — Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Charani. Traduction France de Tersant. Alger, 1896.
- EL BOKHARI. — Les traditions islamiques d'El Bokhari, trad. Houdas et Marçais. Paris, 1903-1908.
- Le livre des testaments du Çahih d'El Bokhari, trad. F. Peltier. Alger, 1909.
- BOMPARD. — Législation de la Tunisie. Paris, 1888-1896.
- CADOZ. — Initiation à la Science du droit musulman. Oran, 1868.
- CHARANI. — Balance de la loi musulmane, ou esprit de la législation islamique et divergences de ces quatre rites, trad. Perron. Alger, 1898.
- CHARPENTIER. — Précis de législation algérienne et tunisienne. Alger, 1899.
- Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi. Petit manuel de droit immobilier suivant les deux rites musulmans, orthodoxes de la Régence de Tunis, traduit et annoté par A. Goguyer. Paris et Tunis, 1885.
- CLAVEL. — Droit musulman du statut personnel et des successions. Paris, 1895 (Hanéfi).
- DESPARMET (J). — L'œuvre de la France en Algérie jugée par les Indigènes, dans Bulletin de la Société de Géographie d'Alger, 1910.

- ESTOUBLON ET LEFÉBURE. — Code de l'Algérie annoté. Alger, 1805 et les suppléments.
- EYSSETTE. — Jurisprudence et doctrine de la Cour d'appel de Pondichéry en matière de droit indou et de droit musulman, t. II, droit musulman. Pondichéry, 1879.
- FATH AL QARIB. — La révélation de l'omniprésent. Commentaire sur les précis de jurisprudence musulmane d'Abou Chodja par Ibn Qasim al Ghazzi, traduit par Van den Berg. Leyde, 1895 (Chaféi).
- GATTESCHI. — Manuale de diritto pubblico e privato ottomano Alessandria, 1865 (Hanéfi).
- HANOTEAU ET LETOURNEUX. — La Kabylie et les coutumes kabyles. Alger, 1893.
- THE HEDAYA, or guide : A commentary on the mussulman law, translated by Charles Hamilton, second edition by Grady. London, 1870 (Hanéfi).
- HOUDAS ET MARTEL. — Traité de droit musulman : la Tohfat d'Ebn Acem. Alger, 1893.
- MOHAMMED KADRI PACHA. — Droit musulman. Statut réel d'après le rite hanéfi, traduit par Abdulaziz Kahil, Bey. Le Caire, 1893.
- KASIMIRSKI. — Le Koran. Paris, 1891.
- KHALIL. — Mariage et répudiation, traduction avec commentaire par E. Fagnan. Alger, Paris, 1909 (Maléki).
- Précis de jurisprudence musulmane, trad. Perron. Paris, 1848-1854.
- Code musulman rite maléki, statut réel. Texte arabe et nouvelle traduction par Seignette. Paris, 1878.
- LARCHER. — Traité élémentaire de Législation algérienne. Alger, Paris, 1903.
- MANAVA, DHARWA, SASTRA. — Lois de Manou, trad. du sanscrit par A. Loiseleur-Deslongchamps. Paris, 1833.
- GILBERT MASSONIÉ. — Législation algérienne. Traité théorique et pratique de la compétence et de la procédure en matière musulmane. Paris, 1910.

- MINHADJ AT-TALIBIN. — Le guide des zélés croyants d'En Nawawi, Manuel de jurisprudence musulmane selon le rite de Chaféi traduit par Van den Berg. Batavia, 1882-1884.
- EL MOHEKKIK. — Traduction des compilations d'El Mohekkik sous le titre : Recueil de lois concernant les musulmans schiites, par A. Querry. Paris, 1871-1879.
- MORAND. — Études du Droit musulman algérien. Alger, 1910.
- MORAND. — Cours professé à la Faculté de Droit d'Alger, (inédit).
- DE NAUPHAL. — Cours de Droit musulman, La Propriété. Pétersbourg, 1886. Législation musulmane. Filiation et divorce. Pétersbourg, 1893. Système législatif musulman, Mariage. Pétersbourg, 1893.
- MOURADJA D'OHSSON. — Tableau général de l'empire ottoman t. V et VI, Paris, 1824, contient la traduction du Confluent des mers d'Ibrahim Halebi (Hanéfi).
- OMAR BEY LOUFTY. — De l'action pénale en droit musulman, rite hanéfite. Paris, 1897-1899.
- PENSA. — L'Algérie, Voyage de la délégation de la commission sénatoriale d'étude des questions algériennes présidée par Jules Ferry. Paris, 1894.
- PFENDER. — De la théorie des preuves du Droit musulman, et de son application dans la législation algérienne. Thèse Aix. Bougie, 1908.
- JOANNY PHARAON. — La Législation française, musulmane et juive à Alger. Paris, 1835.
- RABBINOWICZ. — Législation civile du Talmud.
— Législation criminelle du Talmud. Paris, 1876.
- RABHIA. — Petit traité des successions musulmanes d'Abou Abdallah Mohammed ben Ali ben El Hosseïn, texte arabe avec traduction française par Luciani. Alger, 1896.

- SACHAU. — Muhammedanisches Recht nach schafeitischer Lehre. Band 17 der Lehrbüchers des Seminars für Orientalische Sprachen in Berlin, Berlin, 1897.
- SANTILLANA. — Avant-projet du Code civil et commercial tunisien. Tunis, 1899.
- SAUTAYRA ET CHERBONNEAU. — Droit musulman : du statut personnel et des successions (maléki). Paris, 1873-1874.
- SAUVAIRE. — Droit musulman (rite hanéfite). Marseille, 1882.
- SAWAS PACHA. — Étude sur la théorie du Droit musulman. Paris, 1892-1898.
- TILLOY. — Répertoire alphabétique de jurisprudence de doctrine et de législation algérienne et tunisienne.
- LA TLEMSANIYA. — Poème sur le droit successoral musulman par le cheikh Abou Ishaq Ibrahim ben Ali Bekr el Tlemsani dit El Berri, trad. par le général G. Faure Biguet, Valence, 1905.
- TORNAW. — Le droit musulman exposé d'après les sources, par Tornaw, trad. Eschbach. Paris, 1860.
- VENTURE DE PARADIS. — Alger au XVIII^e siècle, édition Fagnan. Alger.
- M.-B. VINCENT. — Études sur la loi musulmane (rite de Malek). Législation criminelle. Paris, 1842, contient la traduction d'un extrait du Reçahé d'Abou Mohammed Abd Allah Ibn Aby Zeïd El Queyraouany.
- VIOLLET (P.). — Les Établissements de Saint-Louis. Paris, 1881.
- AHMAD AL WANSCHARISI. — La pierre de touche des fetouas (Miyar). Choix de consultations juridiques des faqih's du Mahgreb, traduites ou analysées par Emile Amar. Volumes XII et XIII des Archives marocaines. Paris, 1908-1909.
- YOUNG. — Corps de droit ottoman. Oxford, 1905-1906.
- ZEYS. — Traité élémentaire de droit musulman algérien (maleki). Alger, 1885-1886.
- Le Nil, chapitre des Successions. Alger, 1895.

ZEYS ET OULD SIDI SAÏD. — Recueil d'actes judiciaires arabes avec la traduction française et des notes juridiques. Alger, 1886.

ZEYS (PAUL). — Code annoté de la Tunisie, 1901-1906.

Jurisprudence algérienne, publiée par Robert Estoublon (1830-1876). Alger. — Jur. Alg.

Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence, publiée par l'École de droit d'Alger depuis 1885. — R. A.

Journal de la jurisprudence de la cour d'Alger publié par M. Eugène Robe, à partir de 1857. — Robe.

Nous devons à MM. Abdelkader ben Abdallah Medjaoui, El Hadj Abdelkader Laraoui, Abdallah ben El Hadj Salah et Aïssa ben Bakir, des traductions de certains passages du *Nil* et des commentaires sur ces passages.

Nous avons eu par eux des renseignements sur le droit musulman soit sunnite, soit abadi, nous en devons aussi à M. Bou Taleb bou Bekr cadi hanéfi d'Alger, à M. « Ba Amar », Messaoud ben Ba Ali Ben El Hadj Sliman cadi abadi et à son bach-adel.

Nous avons eu des fetwas du cheick Atfiech de Beni Isguen. Nous remercions M. Ferhani Mahiddine qui nous les a transmises.

C'est un devoir pour nous de remercier ces collaborateurs et tous ceux qui furent nos collaborateurs occasionnels.

ESSAI
SUR
LA THÉORIE DE LA PREUVE
EN DROIT MUSULMAN

INTRODUCTION

« Les mœurs et la culture d'un peuple, dit M. Paul Viollet, se lisent dans la procédure (1). » Nous croyons que cela est vrai pour le droit musulman. Ici, comme dans les autres législations, les sentiments, les mœurs ont contribué à la formation de la théorie des preuves ; en étudiant le mécanisme de la preuve et les moyens de preuve on découvre facilement l'influence de la religion, de la civilisation, de l'instruction ou du défaut d'instruction des musulmans. Nous ne voulons point nous attarder à le démontrer, ni à rechercher les emprunts qu'a faits en la matière la loi coranique aux législations antérieures, princi-

1. Paul Viollet. *Les Établissements de Saint-Louis*. Paris, 1881, t. I, p. 179.

pablement à la loi hébraïque ; cependant il est des remarques qu'il nous paraît utile de faire.

Le principe de la théorie de la preuve en droit musulman tient dans l'aphorisme du Prophète : « Au demandeur la preuve, au défendeur le serment », ce qui s'énonce assez souvent : « Au demandeur les témoins, au défendeur le serment. » Bien que nous nous proposons de montrer, au cours de cette étude, que la preuve littérale ne doit pas être considérée comme inférieure, nous devons noter que dans la pratique le témoin joue un bien plus grand rôle que l'écrit. Cela était fatal chez un peuple généralement ignorant ; il y a certainement des musulmans très instruits, mais la grande majorité ne l'est pas à l'heure actuelle et ne l'était pas davantage autrefois. Exiger la production d'une preuve écrite eût gêné considérablement les musulmans, l'écrit n'aurait pas servi à la sécurité des transactions, il les eût rendues très rares, et leur preuve impossible.

Le témoignage devait donc en fait devenir la preuve par excellence. Le Coran semble présenter la preuve littérale comme la meilleure : « Ce procédé est plus juste devant Dieu », cela se rapproche certes davantage du passage de *l'Esprit des Lois* : « L'écriture est un témoin qui est difficilement corrompu » (1) que la tirade du D^r Faust à Méphistophélès : « Quel.

1. Montesquieu. *Esprit des Lois*, liv. XXIII, ch. XLIV.

« ques mots d'écrit m'obligeraient davantage ! C'est
« pourtant à une pareille chimère que notre âme se
« laisse entraîner : Qui oserait s'en affranchir ? Heu-
« reux celui qui garde fidèlement sa parole en son
« cœur ! Nul sacrifice ne lui coûte. Mais un parche-
« min écrit et scellé est un fantôme qui épouvante
« tout le monde ; un serment n'a de valeur qu'autant
« que la plume l'a tracé, et l'on mène la foule avec
« un peu de cire et quatre doigts de peau. » Le Pro-
phète avait bien recommandé l'écrit, mais l'impossi-
bilité de se ménager facilement une preuve écrite a
fait passer, au second plan, ce mode de preuve.

La preuve testimoniale présente de graves incon-
vénients, les témoins peuvent disparaître et les par-
ties sont alors dans l'impuissance de démontrer leur
droit. Le mal n'est pas sans remède, la transmission
du témoignage est possible de deux façons : un té-
moin du fait à établir peut charger quelqu'un de
déposer pour lui devant le cadî ; d'autre part, un
témoignage peut se conserver, non pas par trans-
mission d'individu à individu, mais par la commune
renommée, qui reçoit une grande application.

Le témoignage a un autre défaut, il ne vaut que
si le témoin est sincère ; on peut se procurer de faux
témoins qui attesteront un fait inventé de toutes
pièces. Le législateur musulman a songé à parer le
plus possible à cela en exigeant d'un individu, qui
se présente pour déposer en justice, une série de

qualités, et, d'autre part, il écarte l'homme non honorable par un grand nombre de cas d'indignité, si bien que l'on peut se demander si un témoin remplissant toutes ces conditions a pu jamais être produit ; nous verrons qu'il suffit d'être un homme généralement honorable, sans être pour cela parfait ; de plus si les témoins ne sont pas très honorables, on suppléera à la qualité par la quantité, et on exigera d'eux le serment.

Le droit musulman tient compte de la quantité des témoins. Ce n'est pas là une règle qui lui soit propre : « C'est là, selon M. Paul Viollet, une règle du droit romain impérial qui vient du droit hébraïque par l'intermédiaire de l'Évangile (1). » La loi hébraïque et l'Évangile exigent, en effet, deux témoins pour que la preuve soit parfaite (2) ; la loi de Manou en impose trois : « Lorsqu'un homme amené devant le tribunal par un créancier, étant interrogé par le juge, nie la dette, l'affaire doit être éclaircie par le témoignage de trois personnes, devant les Brahmanes préposés par le roi (3). » Le droit musulman n'a donc fait que s'inspirer de la loi juive : deux témoins sont exigés

1. Paul Viollet. *Loc. cit.*, 203.

2. Saint Jean, ch. VIII, 17. Mathieu, XVIII, 16. *Deutéronome*, XIX, 15. Rabbino-wicz, *Législation criminelle du Talmud*, traité Makthoth, p. 165.

3. *Loi de Manou*, trad. Loiseleur-Deslongchamps, Paris, 1883, p. 258, livre VIII, n° 60,

pour plus de sécurité, l'homme étant toujours sujet à erreur.

La loi musulmane a apporté deux exceptions à cette règle : la preuve peut résulter dans certaines matières d'un témoignage unique, dans d'autres, d'un témoignage unique accompagné d'un serment du demandeur ; d'autre part, une exception en sens inverse édictée par le Coran exige plus de deux témoins. Dans la loi juive il suffit de deux témoins pour établir l'adultère (1), dans la loi musulmane quatre sont requis pour ce crime et celui de cohabitation illicite en général. Cela est d'autant plus curieux qu'en matière d'adultère, le Prophète a copié la loi juive. On rapporte en effet que, la première fois que le Prophète ordonna la peine de la lapidation pour cause d'adultère, ce fut contre une femme juive « El Gamediatte » qui vint lui confesser son crime, et le supplier de lui infliger un châtiment. Le Prophète demanda à la femme quelle était la peine prononcée par sa loi, et sur l'indication qui lui fut donnée, il prononça la peine de mort (2). La lapidation est ordonnée par la Bible (3), les témoins doivent jeter les premières pierres : « La main des témoins sera la première sur lui pour le faire mourir, ensuite la main de tout le

1. Rabinowicz, *loc. cit.*, *Deutéronome*, XIX, 15.

2. Nauphal, *Législation musulmane*, « Filiation et divorce », p. 74.

3. *Deutéronome*, XXII, 22. Jean, VIII, 20.

peuple (1). » C'est ainsi que s'exécute la lapidation selon la loi musulmane ; et règle commune aux deux législations, si le coupable parvient à se sauver pendant l'exécution il est gracié (2).

L'obligation de fournir quatre témoins, pour établir le crime de cohabitation illicite, est une mesure de clémence, la peine a paru trop forte, on a cherché à rendre son application plus rare : « L'atrocité des lois en empêche donc l'exécution. Lorsque la peine est sans mesure, on est souvent obligé de lui préférer l'impunité (3). » Le Prophète, après le Christ, a voulu éviter la lapidation. « Que celui qui se sent sans péché lui jette la première pierre », dit l'un, et l'autre : « Peut-être n'es-tu coupable que d'avoir embrassé cette femme (4). »

M. Rabbínówicz fait observer que : « C'est la tendance générale des Juifs qui leur fit relâcher la femme adultère pour éviter l'application de la peine de mort » (5). C'est aussi d'un sentiment de pitié que sont nées les difficultés qui entourent la preuve de la cohabitation illicite en droit musulman.

Comme correctif à ces difficultés, et, pour permet-

1. *Deutéronome*, XVII, 7.

2. Rabbínówicz. *Législation criminelle du Talmud*, traité Makhoth, fo 23, 2.

3. Montesquieu. *Esprit des Lois*, liv. VI, ch. XIII.

4. Querry, t. II, p. 396.

5. Rabbínówicz. *Législ. criminelle du Talmud*, Introd., II.

tre au mari accusateur, sans preuve, de sa femme, d'éviter le châtiment qui frappe le calomniateur, a été imaginé « le liane » qui, tout en laissant à la femme la possibilité de se soustraire à la lapidation par un serment solennel, donne au mari le moyen d'échapper à la peine du calomniateur et peut-être d'établir le fait d'adultère.

A côté du témoignage et de l'écrit, les moyens de preuve connus de la loi musulmane sont l'aveu et le serment. L'expertise n'est en effet que la constatation de certains faits par les spécialistes; le cadi s'en rapporte à eux, ne pouvant tout connaître par lui-même. Pour ce qui est des présomptions, elles ne font jamais preuve par elles-mêmes; elles doivent être accompagnées du serment de la partie en faveur de qui elles existent, pour être prises en considération.

L'aveu et le serment jouent un très grand rôle, mais paraissent des moyens inférieurs :

L'aveu, à proprement parler, n'est pas une preuve, c'est une dispense de preuve vis-à-vis de celui qui en est l'auteur. Cela se manifeste d'ailleurs dans la procédure. Le cadi écoute les réclamations du demandeur, puis interroge le défendeur; si celui-ci avoue, sa déclaration met fin au litige; au contraire s'il déclare ne pas reconnaître pour légitimes les prétentions de son adversaire, le cadi invitera le demandeur à fournir ses preuves. L'aveu n'a d'effet que contre l'avouant, s'il y avait deux défendeurs et qu'un seul

avouât, la prétention du demandeur ne serait établie que vis-à-vis de l'auteur de l'aveu ; des preuves devraient être fournies contre l'autre.

Le serment est très souvent requis, il intervient pour parfaire la preuve ou y suppléer. Sous la forme ordinaire, il peut, dans certaines matières, être prononcé par le demandeur et faire preuve complète si le demandeur avait produit un témoin ; le plus généralement il est prononcé par le défendeur ; il est requis du défendeur lorsque le demandeur ne peut fournir aucune preuve à l'appui de son dire. Dans la loi juive, le serment paraît être prononcé le plus souvent par le défendeur quoique, dans certains cas, il soit déferé au demandeur ; mais pour qu'il puisse être exigé du défendeur, il semble qu'il faille que le demandeur ait produit un témoin, ou bien ait certaines présomptions qui montrent que sa prétention n'est pas purement vexatoire (1). En droit musulman, le demandeur même dépourvu de commencement de preuve peut déferer le serment au défendeur. Le demandeur, qui n'a pas de preuve, aura ainsi une dernière chance de triompher, s'il a raison et si, d'autre part, le défendeur est un homme sinon juste, du moins un homme n'osant pas faire un faux serment.

1. Rabbinoicz. *Législation civile du Talmud*, t. III. Introduction, page XLII.

Nous verrons que le serment n'intervient pas indistinctement dans tous les procès, qu'il peut se présenter sous deux formes très spéciales : celle du serment d'anathème « El Liane » et celle du serment « Késamé ». Ces serments ne sont requis que dans des cas déterminés ; mais d'une façon générale le refus de prêter le serment ne suffit pas en matière criminelle pour faire condamner l'accusé, car il peut y avoir un doute et que le Prophète a dit : « Repoussez les houdouds par le doute. » L'accusé pourra être puni d'une peine légère ou seulement obligé de restituer, en cas de vol.

Quand le serment intervient sous la forme du Liane ou du Késamé, il peut dans certains rites entraîner la peine qu'eût amenée la preuve par témoins (1).

1. L'un de ces serments, le serment Késamé, est particulièrement intéressant, parce qu'il met aux prises, non pas seulement un accusé et un accusateur, mais la famille de l'accusé et celle de l'accusateur ; le procès intervient entre deux groupes, et non pas entre individus. C'est une façon d'éviter la guerre privée, la contestation est vidée au moyen d'une solennité imposante. Les familles viennent jurer que leur parent est innocent du crime qu'on lui impute, ou que leur parent a été tué par tel individu.

« D'où vient, écrit M. Morand, que l'Akila soit ainsi mise en cause, « tant pour affirmer l'innocence de l'accusé que pour indemniser la « victime du crime qu'on lui impute ? Est-ce à raison d'une présomption de culpabilité qui pèserait sur tous les membres de « l'Akila ? Pour ce motif que très certainement le coupable est « l'un des membres de cette Akila, et que ceux de ses membres qui

La force probante du serment vient d'un sentiment religieux ; le bon croyant voit, dans le serment, un acte très grave, il ne le prête pas à la légère ; le défendeur qui doit jurer a le droit d'exiger un délai pour bien se remémorer les faits et examiner s'il peut

« n'ont point participé au crime, ont tout au moins commis la faute
« d'en dissimuler l'auteur ? Non, très certainement, car la responsabilité de l'Akila reste engagée, alors même que le coupable est
« connu. » La composition légale, dit en effet Sidi Khalil, est à la
« charge de l'offenseur et de la tribu par contribution entre eux. »
« D'après Abou Hanifah, dit également Charani, le coupable est compris dans les membres de l'Akila, contribue avec eux et est tenu
« de payer ce que chacun d'eux est tenu de payer », et plus loin M. Morand ajoute : « Ainsi, dans les différentes hypothèses qui
« nous occupent, la mise en cause et la responsabilité de l'Akila ne
« sauraient se justifier par l'idée d'une présomption de culpabilité ou
« de faute pesant indistinctement sur tous ses membres. Elles se
« comprennent au contraire, très aisément, si l'on veut y voir avec
« nous une survivance des institutions d'une époque où il n'est point,
« à proprement parler, de relations individuelles, où les conflits nés
« entre individus mettent aux prises les familles auxquelles ils appartiennent et doivent se régler entre celles-ci. » (M. Morand, *La famille musulmane*, p. 54 et 55, et *Études de Droit musulman algérien*, p. 66.)

Nous admettons avec M. Morand qu'il y a survivance d'une époque où les conflits se réglaient entre familles, mais nous ne pouvons écarter entièrement « l'idée d'une présomption de culpabilité ou de faute pesant indistinctement sur tous les membres de l'Akila ».

Comment intervient la famille ? Nous rapportons plus loin l'exemple d'un serment Késamé à l'époque antéislamique, le serment fut prêté par la famille de l'accusé ; s'il n'avait pas été prêté, il eût fallu payer la dia, ou si la dia n'avait pas été payée, il y aurait eu ven-

jurer sans commettre un faux serment. Le Kālif Osman, assigné pour le paiement d'une dette, transigea, dit-on, au lieu de jurer qu'il ne devait point ; et comme on lui demandait pourquoi il n'avait pas juré, il répondit : « J'ai craint d'exposer ma probité aux soupçons du public, qui eût pu me regarder comme un parjure, si après ce serment il me fût arrivé quelque malheur (1). »

Cela peut s'interpréter de deux façons : ou bien Osman craignait d'avoir oublié qu'il devait, et il ne voulait pas s'exposer au mépris du peuple si après son serment, le prétendu créancier avait trouvé une preuve de sa dette, ou bien il pouvait redouter qu'une calamité lui survenant par la suite, le commun y vit un châtiment de Dieu. Les musulmans, du moins les gens du vulgaire, prétendent en effet que Dieu châtie celui qui prête un faux serment, non seulement dans

geance privée. Chez les Malékis, en cas de meurtre volontaire, le serment est prêté par les accusateurs, mais en cas de meurtre involontaire, si l'Akila de la victime refuse de jurer, celle de l'accusé jure et par son serment évite de payer la dia ; ce qui prouve bien qu'il y a une suspicion contre tout un groupe, c'est que « ceux des membres de l'Akila qui refusent de jurer doivent payer leur part de la dia » (Khalil Perron, V, 479 ; Seignette, 483, 484). Chez les Hanéfis il y a présomption de culpabilité ou de faute, car même après le serment des cojureurs, la dia reste à leur charge, ils sont coupables sinon du crime, au moins d'un défaut de surveillance (Omar bey Loufty, *L'Action pénale en Droit musulman*, 1^{er} fasc., p. 81 et 82).

1. Ohsson, VI, 232.

l'autre monde, mais encore dans celui-ci. En Algérie où les musulmans se déferent, le serment sur les tombeaux des marabouts, la croyance populaire veut que le marabout, offensé du faux serment qu'on a prêté sur lui, ait le pouvoir d'infliger une infirmité au parjure ; tel marabout rend aveugle, tel autre boiteux. C'est de la crainte d'offenser Dieu et les marabouts que le serment tire sa force probante.

Le serment participe ainsi par un certain côté au jugement de Dieu, il y participerait davantage selon certaines superstitions qui veulent que celui qui va prêter un faux serment, en soit empêché par Dieu.

C'est dans l'espoir que ceux qui jurent n'auront pas le courage de persévérer dans leurs mensonges qu'a été imaginée la nécessité d'un serment multiple en cas de Liane ou de Késamé. En cas de Liane, on peut espérer que la femme, effrayée par la malédiction de Dieu, avouera son crime en entendant son mari proférer la formule de l'anathème ou n'osera pas répliquer à l'imprécation.

Cependant, à part ce que nous dirons du tirage au sort, la loi musulmane n'a pas recours à la pratique des Ordalies ; elle eût pu en trouver des exemples dans la loi juive qui ordonne, entre autres, l'épreuve des eaux amères pour la femme accusée d'adultère (1). Des pratiques similaires sont connues, paraît-il, dans

1. *Livre des Nombres*, ch. V, v. 12 et 1.

certaines tribus d'Arabie. On y imposerait, aux accusés de cohabitation illicite, l'épreuve de la pierre chaude, qui consiste à faire chauffer une pierre et à la faire lécher aux prétendus coupables. Ceux-ci se brûlent-ils, leur crime est avéré; leur langue restet-elle indemne, ils sont innocents. Ce sont là des coutumes qui n'ont rien d'islamique.

La loi musulmane n'autorise pas non plus le juge à torturer un individu pour provoquer son aveu, il y a seulement des hypothèses où l'accusé qui n'avoue pas et ne veut pas jurer qu'il est innocent est incarcéré; mais on ne le torture pas pour qu'il avoue; et d'autre part sitôt qu'il affirme, par serment, son innocence, il n'est plus inquiété. M. Joanny Pharaon rapporte l'exemple d'un cadî d'Alger, qui, dans les premiers temps qui suivirent le débarquement des Français d'Alger, fit bâtonner une femme pour la forcer à avouer (1). C'est là le fait d'un cadî abusant de ses pouvoirs; mais dans la loi musulmane, l'aveu doit être libre et non le résultat d'une violence ou d'une torture.

Il y a jugement de Dieu dans le fait de procéder au tirage au sort, moyen employé dans deux hypothèses : soit en cas de preuves égales, pour déterminer quelle partie jurera la première, soit, si les deux

1. Joanny Pharaon. *La législation française musulmane et juive à Alger*. Paris, 1835, p. 179.

parties ont juré ou si aucune d'elles n'a voulu prêter le serment pour attribuer gain de cause au demandeur ou au défendeur. Cela fait un peu songer au conte du juge de Mesle ; le cadi ainsi que le juge de La Fontaine se tire d'affaire en tirant au sort : « Le tirage
« au sort, dit Sawas Pacha, est plutôt un moyen judiciaire qu'une source de démonstrations. On utilise ce moyen pour convaincre les parties de l'impartialité des juges, et aussi pour faire accepter
« sans murmure des sentences dont il est impossible
« de déterminer par des moyens judiciaires plus rigoureux, les dernières conséquences pratiques (1). »

Le Prophète aurait recours à ce moyen et le cadi peut l'employer lorsque rien ne vient déterminer qui a tort ou qui a raison. Dans de pareilles circonstances, certains auteurs prétendent qu'il faut alors partager l'objet du litige entre les adversaires.

1. Sawas Pacha, *Théorie du Droit musulman*, Paris, 1898, t. II, p. 50 et 51.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT MUSULMAN CLASSIQUE

TITRE I

Mécanisme de la preuve

CHAPITRE PREMIER

Rôle du Cadi

Avant d'étudier le rôle du cadi en matière de preuve, lorsqu'un procès est porté devant lui, examinons rapidement les qualités que doit posséder un individu pour remplir les fonctions de cadi.

Il doit être apte à témoigner, c'est-à-dire musulman pubère, sain d'esprit, libre, irréprochable dans sa conduite. Il doit être du sexe masculin ; sauf selon Charani dans le rite hanéfi, où une femme pourriat être juge dans les questions où les femmes peuvent être témoins. Cela semble combattu par les paroles du Prophète : « Elle ne réussira pas, la nation qui mettra à la tête de ses affaires une femme. » Or le cadi représente l'Imam souverain.

Le cadi doit de plus être doué de sagacité, posséder l'entière connaissance de la loi, savoir lire et

écrire en langue arabe, avoir l'usage de la vue et de l'ouïe (1).

On doit s'abstenir de solliciter les fonctions de cadi, cependant on doit le faire si on est le seul, dans le pays, apte à être nommé ; c'est dans ce cas une obligation de se faire nommer (2). Les fonctions de cadi semblent avoir été acceptées assez difficilement au début de l'islamisme, parce que le Prophète aurait dit, selon Abou Horeïra : « Sur trois cadis, deux iront en enfer ». On en trouve un reflet dans la « Tohfât » d'Ebn Acem : « J'ai fait ce livre, alors que ma jeunesse était déjà depuis longtemps passée et que j'avais eu le malheur d'être nommé cadi (3). » On rapporte que le jurisconsulte Abd-Allah ben Farroukh El Farecy, au II^e siècle de l'hégire, de retour à Kairouan, refusa les fonctions de cadi ; le peuple lui fit violence, le maltraita et ce n'est qu'après une résistance opiniâtre d'El Farecy, que l'on se décida à accepter comme cadi quelqu'un qu'il désigna (4).

1. Charani, Balance, 404, 410 ; Khalil Perron, V, p. 124 ; Seignette, n^o 1385 ; Fath al Qarib, p. 671 à 677 ; Minhadj, III, p. 364 ; Omar bey Loufty, 2^e fasc., 80, 81 et 92 ; Ohsson, VI, p. 174 ; Tohfât, v. 14 à 18.

2. Ohsson, VI, 177 ; Charani, Balance, 404 ; Fath al Qarib, 671 ; Minhadj, III, 363.

3. Tohfât, v. 10.

4. M. B. Vincent, p. 23, note 6.

Le calife Al Mançour voulut nommer Abou Hanifa cadi à Bagdad ; le grand Iman refusa, il fut mis en prison où il expira quelques jours après.

« Lorsque cependant, il ne se trouve personne en
« état de répondre à ces conditions (pour être cadi),
« le Sultan peut, au besoin, nommer juge un individu
« d'inconduite notoire ou absolument incompetent
« à trancher une question. Pour les besoins de la
« cause, on admet alors que les arrêts d'un tel indi-
« vidu ont force de chose jugée, à la seule condition
« qu'il ait été nommé par un prince investi réelle-
« ment de l'autorité suprême » (1), nous dit Na-
wawi, et cela a été admis par tous les rites, de sorte
que bien souvent, les cadis n'ont pas possédé toutes
les qualités indispensables pour être juge instruit et
équitable. Nous ne croyons pas cependant que ce
soit là la cause de la restriction des pouvoirs du cadi,
car les pouvoirs du cadi furent fixés par le Prophète,
à une époque où les cadis devaient être bien recru-
tés. Ce n'est donc pas, parce que dans la suite ils
furent mauvais que leurs pouvoirs furent amoindris.

Le juge devant qui est portée une affaire, doit
la juger ; cependant, il peut s'abstenir s'il craint que
son jugement soit cause de rixes entre les parties (2) ;
cela se conçoit très bien à des époques et dans des
pays où la justice n'est pas fortement organisée, et
où le juge ne peut faire exécuter, en toute sécurité,
sa décision.

1. Minhadj, III, 365.

2. Tohfah, 38 et 39 ; Khalil Perron, V, 147, 148, 165 et 166 ; Fath
al Qarib, 679 ; Minhadj, III, 377, 378 ; Omar bey Loufty, 2^e fasc, 79.

Le juge doit s'efforcer de rester neutre, nous disent les auteurs musulmans, c'est-à-dire de traiter d'égale façon les parties, sauf dans le cas où l'une est musulmane, l'autre non. Cette neutralité se manifeste matériellement par le fait qu'il doit faire asseoir l'une s'il fait asseoir l'autre, leur parler de la même manière ; enfin, quelle que soit la religion des adversaires, le cadi ne doit s'occuper de rien autre que de juger en faveur de celui qui a le droit pour lui (1).

Le cadi ne doit pas juger à l'avantage des personnes en faveur desquelles il ne pourrait porter témoignage (2).

Le juge ne doit pas suggérer des arguments aux parties (3). Cependant nous verrons que la neutralité du cadi est, tout au moins en pratique, bien moindre qu'en droit français.

D'après des renseignements que nous avons pris dans les mahakmas, le cadi ne saurait citer d'office un témoin favorable à l'une des parties, même lorsque cette partie en ignore l'existence, mais il pourrait très bien lui dire : « Allez donc voir un tel. » Et ce qui est plus fort : un demandeur prétend que le défendeur lui doit une certaine somme, le défendeur nie ; le cadi a trouvé une reconnaissance de la dette écrite

1. Cf. note *supra*.

2. Khalil Perron, V, 180.

3. Fath al Qarib, 684 ; Ohsson, VII, 182.

de la main du défendeur ; il peut la verser au procès. Remarquons que le cadi est juge et notaire ; si le cadi possède chez lui une reconnaissance qu'il a dressée en tant que notaire ou qu'il a trouvée dans un inventaire, il pourra, comme juge, la verser au dossier, mais il faudra pour cela qu'il ait la reconnaissance en sa possession. On nous a affirmé que le fait se produisait d'une façon courante.

Pour étudier le rôle du cadi, supposons une audience. Le cadi donne la parole au demandeur et lui fait préciser sa demande, puis il doit interroger le défendeur pour savoir s'il avoue ; s'il y a aveu, le cadi doit juger contre le défendeur ; si le défendeur nie, le cadi doit inviter le demandeur à fournir ses preuves (1).

Le cadi doit recevoir le témoignage des gens honorables, il ne peut désigner un certain nombre d'individus qui seuls seraient aptes à témoigner devant lui (2). S'il ne connaît pas les témoins, il aura recours à la « Tazkieh », enquête publique ou privée ayant pour but de rechercher la mentalité des témoins ; pour l'enquête privée il emploie des Mozakkis qu'il choisit lors de son entrée en charge (3). C'est au cadi qu'il appartient d'apprécier la moralité des témoins,

1. Fath al Qarib, 81, 684 ; Khalil Perron, V, 154 ; Minhadj, III, 378 ; Hedaya, 400.

2. Minhadj, III, 379.

3. Fathal al Qarib, 685.

il peut le faire d'après ce qu'il sait d'eux, personnellement (1) ; il n'est donc obligé de recourir à la Tazkieh que s'il ne connaît pas les témoins.

Lorsque le demandeur a fourni ses preuves, le cadi doit inviter le défendeur à présenter les siennes.

Il n'intimidera pas les témoins, et lorsqu'ils auront déposé, il les interpellera pour savoir s'ils n'ont plus rien à ajouter à leur témoignage : de même il interrogera les plaideurs pour qu'ils invoquent d'autres moyens, s'ils en ont d'autres à présenter. Le cadi donnera gain de cause à celle des parties dont les preuves l'emportent.

Pour ce qui est du point de savoir si en cas de défaut de preuve de la part du demandeur, le cadi peut déférer au défendeur le serment sans le consentement du demandeur — ce que nous admettons — nous examinerons la question en étudiant le serment.

Le cadi, avons-nous dit, jugera en faveur de la partie dont les preuves sont préférables. La force respective des moyens de preuve est généralement déterminée par la loi. Faut-il cependant conclure, comme on l'a fait à tort, selon nous, que le juge « n'a point à se préoccuper d'assurer le triomphe de la vérité et de la justice » et que « les débats judiciaires sont une sorte de tournoi auquel il assiste impas-

1. Tohfât, 42 ; Minhadj, III, 379, 380.

sible et dont il se bornera à enregistrer le résultat » (1)?

Il est vrai que la loi détermine les moyens de preuve, la hiérarchie de ces moyens et les cas où la preuve peut être considérée ou non comme faite, qu'Ebn Acem déclare : « Le cadi ne doit pas accepter « la déclaration d'un témoin non honorable, même « s'il sait qu'il dit la vérité » et « il ne peut repousser « le témoignage d'un homme honorable, même si « sa déposition est contraire à ce que le cadi sait « lui-même (2). » Il ne faut cependant pas croire que le cadi soit obligé de consacrer des injustices.

Nous avons signalé que les cadis versent, d'eux-mêmes, au procès, des pièces qu'ils détiennent; s'ils ne détiennent pas les pièces, ils se récuseront comme cadis et joueront, devant un autre cadi, ou devant leur bach-adel, le rôle de témoin. Ebn Acem nous dit, envisageant le cas où un témoin ment, alors que le cadi sait la vérité : « Il doit en pareil cas communiquer ce qu'il sait à un autre magistrat, et il devient alors simple témoin dans l'affaire (3). » Le cadi, n'eût-il que cette possibilité, ce serait déjà beaucoup, car le magistrat devant lequel le cadi irait

1. Morand. *Introduction à l'étude de la preuve*, p. 17, et dans *Traité de Droit musulman*, p. 332; Pfender, p. 45, 46, 49.

2. Tohfât, 47 et 45.

3. Tohfât, 46.

témoigner ferait grand cas de son dire ; mais il y a plus, du moins dans les rites chaféi et hanéfi.

Dans ces deux rites, le cadi peut se prononcer, d'après ce qu'il a su de l'affaire avant ou après qu'elle lui a été soumise lorsqu'il s'agit des droits de l'homme (1). Pour le rite maléki, Ebn Acem ne nous dit-il pas lui-même : « Il n'est point permis au cadi de juger, si la solution de l'affaire ne lui apparaît pas avec évidence » (2), mais ce passage d'Ebn Acem peut laisser un doute, on pourrait nous répondre que la solution n'est plus douteuse quand une preuve légale a été rapportée ; bien au contraire, pour les Chaféïs, Nawawi est catégorique quand il dit : « Tout
« le monde est d'accord que, même si l'affaire est
« légalement prouvée, le juge ne doit jamais pro-
« noncer une condamnation, à moins d'avoir la con-

1. Charani, Balance, 412, 413.

Pour la détermination des droits de l'homme, des droits de Dieu et des droits mixtes, cf. Sawas Pacha, *Étude du Droit musulman*, t. I, ch. II, p. 78.

Droits de Dieu : Les infractions à ces droits intéressent l'ordre public, tout le monde peut poursuivre le délinquant, ex. Ivresse.

Droits de l'homme : La partie lésée peut seule poursuivre, ex. Violation d'un contrat.

Droits mixtes : La partie lésée peut seule requérir l'application de la peine, mais ne peut ni abandonner la poursuite, ni faire grâce. Les infractions à ces droits lèsent les intérêts privés et compromettent l'ordre public, ex. Meurtre.

2. Tohfât, 37 ; Ohsson, VI, 202.

« viction intime que la partie condamnée a tort, et
« même il peut condamner sur sa seule conviction,
« à moins qu'il ne s'agisse d'une peine non rémis-
« sible pour laquelle la loi exige une preuve spé-
« ciale » (1), et Omar bey Loufty dit aussi clairement :
« On peut même dire en termes généraux que dans
« l'instruction criminelle musulmane, la preuve est
« plutôt morale que légale (2). »

Il nous semble donc que le juge aura la facilité de ne pas condamner quelqu'un au criminel, ou de ne pas donner tort à une des parties au civil, contre sa conviction intime.

1. Minhadj, III, 276.

2. Omar bey Loufty, 2^e fasc., 32.

APPENDICE

Rites Hérétiques

RITE CHIITE

Les conditions pour être cadi sont les mêmes à peu près que dans les rites sunnites. Le bâtard, si son origine irrégulière est notoire, ne saurait être cadi ; la femme est incapable de remplir cette fonction ; pour ce qui est de l'aveugle, il semble qu'il ne puisse être cadi, bien qu'il y ait discussion (1).

On ne peut juger dans les hypothèses où on ne serait point admis à témoigner, par exemple le fils ne peut juger contre son père, mais le père peut juger pour ou contre son fils, le frère pour ou contre son frère. Il n'y aurait pas dans ces hypothèses récusation de leur témoignage (2).

Le juge qui n'est point suffisamment éclairé peut surseoir au jugement.

Il doit rester neutre, traiter également les parties de même religion, ne pas les aider ; il doit seule-

1. Querry, II, 285, 286.

2. Querry, II, 290.

ment les inviter à parler et chercher à les concilier (1). Il ne doit ni aider ni interrompre les témoins qui sont interrogés séparément lorsque ce sont des gens de caractère faible ou dont il se défie ; mais c'est faire injure à une personne sérieuse et honorable que de procéder ainsi envers elle (2).

En matière civile, il ne doit pas s'opposer à ce que l'une des parties fasse un aveu ; mais s'il s'agit d'un droit de Dieu, cela lui est permis, suivant l'exemple du Prophète qui, lorsque Magher ebn Malek (3) se déclara coupable d'adultère, lui dit : « Peut-être n'es-tu coupable que d'avoir embrassé cette femme, ou peut-être l'as-tu seulement touchée » ; ceci pour éviter un scandale (4).

Le juge apprécie la moralité des témoins par lui-même, s'il les connaît, sinon il doit faire une enquête (5).

Il ne peut, selon une opinion, contraindre le défendeur à répondre ou à jurer que si le demandeur l'exige ; le juge informe que le demandeur que, s'il n'a pas de preuve, il peut obliger le défendeur à jurer (6).

1. Query, II, 397, 398.

2. Query, II, 395, 396.

3. *Alias* : Maez

4. Query, II, 396.

5. Query, II, 394.

6. Query, II, 400, 401.

RITE ABADI

Les Abadis avaient des cadis désignés par leur Imam ; mais au Mzab la justice était administrée d'une façon particulière ; il n'y avait point d'Imam et par tant point de cadi nommé par lui ; la mosquée de chaque ville désignait un « taleb cheria » chargé de juger, et trois ou quatre autres « tolba » qui recevaient les actes entre parties, jouant le rôle de notaire. Des décisions du « taleb cheria » on appelait au midjelès qui siégeait deux fois par mois au cimetière du vénéré Ammi Saïd (1) ; ce midjelès était composé des sept juges des sept villes du Mzab (2).

Le juge ne doit pas favoriser l'une des parties, il doit juger sur les choses apparentes et non sur les secrètes (3) ; cependant il semble qu'il ait eu et conserve encore dans la personne des cadis mzabis modernes, des pouvoirs assez larges. Il doit s'abstenir de favoriser les parties ; mais s'il se rend compte de l'incapacité d'un des adversaires, il arrête le procès et conseille à la partie inapte à se défendre, d'aller

1. Le cimetière d'Ammi Saïd est situé près de Ghardaïa. Aujourd'hui le midjelès ne siège qu'une fois par mois, son avis n'est que consultatif. Autrefois c'était une véritable Cour d'appel.

2. Beni-Isguen, El Ateuf, Bou Noura, Melika, Ghardaïa, Guerara, Berrian.

3. *Nil*, ch. XVII.

consulter un avocat. Il ne peut verser une pièce aux débats, mais il a une grande latitude pour admettre ou refuser le témoignage des gens qu'il connaît presque tous, la population étant restreinte; il peut même, nous a-t-on affirmé, se baser sur le témoignage d'un seul témoin, si ce témoin est un homme honorable, bien que deux témoins soient généralement exigés.

La femme du juge semble jouer un certain rôle; nous rapportons ce qui nous a été raconté: Lorsqu'une femme comparait à l'audience, on ne peut la faire dévoiler devant le public, ni même devant le juge; on enverra cette femme devant la femme du juge qui connaît les justiciables féminins de son mari et qui affirmera à son mari l'identité de la femme qui comparait dans un procès. Si la femme du juge ne connaît pas la femme qui se présente, elle se fera assister par d'autres femmes.

CHAPITRE II

Charge de la preuve

SECTION I. — *Qui doit faire la preuve.*

Le cadi mis à part, il reste en présence, dans l'instance, les deux adversaires : demandeur et défendeur.

Auquel des deux incombera l'obligation de faire la preuve? La réponse à cette question se trouve dans la parole du Prophète : « C'est au plaignant ou « demandeur de prouver et à celui qui nie de jurer » ou encore : « Au demandeur la preuve, au défendeur le serment » (1).

Il importe donc de déterminer avec précision quelle est, au point de vue de la preuve, la partie demanderesse et quelle est la défenderesse; l'une devant faire la preuve, l'autre seulement prêter serment en cas de manque de preuve chez son adversaire.

L'Imam Mohammed (2) a dit que le défendeur est

1. Khalil Perron, V, 163 ; Ohsson, VI, 196 et 198 ; Tohfât, 24, 25 ; Hedaya, 401 ; Charani, Balance, 426.

2. Disciple d'Abou Hanifa.

la personne qui dénie ; mais, fait observer l'auteur de la Hedaya (1), il faut une certaine connaissance du droit pour déterminer celui qui nie, car on ne saurait se fier aux apparences, ainsi un dépositaire dit au déposant : « Je vous ai rendu votre dépôt », il paraît être demandeur, parce qu'il soutient qu'il y a eu restitution, il est en réalité le défendeur parce qu'il dénie la responsabilité d'avoir à rendre ; faute de preuve de la partie adverse, il aura gain de cause (2).

Le demandeur, en matière de preuve, n'est pas nécessairement celui qui introduit l'instance ; c'est, selon la définition généralement donnée par les auteurs musulmans celui dont la prétention est contraire à l'état normal des choses à l' « ASL » ; il a contre lui une présomption d'invraisemblance, peut-on dire, qu'il doit renverser : « La distinction des rôles de demandeur et de défendeur, dit Ebn Acem, s'impose en toute instance. Le demandeur est celui en faveur duquel l'état normal des faits n'élève aucune présomption ; le défendeur, au contraire, est celui dont les dires sont appuyés sur l'état habituel des faits. » On définit encore le demandeur « celui qui dit qu'une chose est, le défendeur celui qui dit qu'elle n'est pas. » La non-existence d'un fait est toujours présumée (3).

1. Bouran ad Din Ali, 530-591 de l'hégire.

2. Hedaya, 400.

3. Tohfât, 19 à 23; Khalil Perron, V, 152; Minhadj, III, 427.

« Ainsi, quand deux époux ont embrassé l'Islamisme avant d'avoir cohabité et que le mari soutient que les deux conversions ont eu lieu à la fois, de sorte que le mariage reste intact, tandis que la femme soutient que la conversion de l'un d'eux a précédé celle de l'autre, le mari est demandeur et doit prouver ce qu'il avance » (1), il est plus probable que les deux conversions n'ont pas eu lieu simultanément.

Pour déterminer l'« ASL », il faudra tenir compte du sexe des parties, de leur condition sociale, des habitudes du pays, du genre de contrat cause du litige, des marchandises faisant l'objet de ce contrat ; tous ces facteurs serviront à indiquer ce qui paraît le plus vraisemblable du dire de l'une ou de l'autre partie.

Ainsi dans le cas de contestation entre le mari et la femme à propos de la propriété d'un objet mobilier que chacun revendique : si cet objet est un sabre, il y a beaucoup de raisons pour admettre que le sabre est au mari, aussi est-ce à la femme qu'incombera la preuve du contraire ; si elle ne peut faire la preuve que le sabre est à elle, on s'en rapportera à l'affirmation du mari faite sous serment. Les rôles seraient renversés si l'objet du litige était un bijou féminin. Dans ce cas, si le mari prouve

1. Minhadj, III, 427.

qu'il a acheté le bijou et affirme qu'il ne l'a pas acheté pour sa femme, il est considéré comme défendeur et la femme doit prouver que son mari lui a fait don de l'objet (1). Si un cadi et un soldat sont en contestation au sujet de la propriété d'une lance qu'aucun d'eux ne possède, ou que tous deux possèdent, le soldat sera défendeur (2).

Lorsqu'un messenger, ou un entrepreneur de transport prétend avoir remis à destination le paquet qu'on lui a confié, et que l'expéditeur soutient le contraire, ce dernier devra faire la preuve de son dire, sinon le serment du messenger fera foi ; il y a présomption que cet homme est honnête puisqu'on lui a fait confiance. De même encore si l'on remet à un ouvrier une matière première que l'ouvrier transforme, et si le propriétaire soutient ensuite qu'il n'avait pas remis la chose pour qu'on la travaillât, mais qu'il l'avait remise simplement en dépôt, l'ouvrier sera défendeur : il est plus vraisemblable qu'on lui a donné la chose pour la transformer (3).

Deux voisins prétendent être propriétaires d'un mur qui sépare leurs héritages, l'un d'eux a une construction qui fait corps avec le mur, il sera considéré comme propriétaire, si l'autre ne fait pas la preuve du contraire (4).

1. Khalil Perron, II, 500 ; Tohfât, 433 à 436 ; Minhadj, II, 110, 111.

2. Exemple emprunté à Et-Tassouli, Tohfât, note 10.

3. Khalil Perron, IV, 635 ; Seignette, n° 1170.

4. Tohfât, 1331 ; Charani, Balance, 425 ; Minhadj, II, 34.

Un ouvrier a fait un travail, il prétend n'avoir pas été payé, il émet cette prétention peu de temps après la livraison du travail, on le croira sur son serment ; s'il réclame longtemps après, c'est le serment de l'employeur qui tranchera le litige (1). De même lorsqu'un père soutient que le trousseau qu'il a fourni à sa fille lors de son mariage était fourni à titre de prêt et non de donation, il devra faire la preuve de ce qu'il avance s'il vient affirmer la chose plus d'un an après le mariage de sa fille, et seulement prêter serment s'il l'affirme peu de temps après (2).

Lorsqu'un usurpateur soutient qu'une chose usurpée qu'on lui revendique a péri, il est cru sur son serment ; le revendiquant, qui est demandeur, devra établir que la chose n'a point péri, car il veut établir une obligation à la charge de l'usurpateur : celle de restituer.

On pourrait multiplier les exemples, mais ce serait d'une part entamer par trop l'étude des présomptions et cela risquerait, de plus, d'être long.

Nous ne donnerons plus que l'exemple suivant :

Deux époux sont en contestation au sujet du paiement de la partie de la dot que, dans certains pays, il est d'usage de remettre à la femme avant la consommation du mariage ; le mari affirme avoir payé,

1. Tohfat, 1086 à 1091 ; Kalil Perron, IV, 639 ; Seignette, 1175.

2. Tohfat, 427 à 429 ; Kalil Perron, II, 477, 478.

la femme nie la chose. Nous allons voir ici que le rôle du mari comme demandeur ou défendeur va changer selon que la contestation s'élève avant ou après la consommation du mariage.

Supposons d'abord la contestation avant la consommation : le mari dit avoir payé, la femme refuse de se prêter à la consommation du mariage prétextant que la dot est impayée. Le mari est demandeur, car il avance un fait et que la femme le nie. Examinons le même litige se produisant après la consommation du mariage ; la femme s'est livrée au mari, il y a donc tout lieu de croire que la dot lui a été payée. Si elle a consenti à la consommation du mariage, en faisant crédit à son mari, elle aurait dû se ménager une preuve de la chose ; le mari est ici défendeur, à la femme d'établir qu'elle n'a pas été payée.

Dans le premier cas, le serment de la femme à l'appui de son dire fera foi, faute de preuve ; dans le second, celui du mari. Remarquons bien que peu importe que le mari soit ou non celui qui introduit l'instance devant le cadi, car dans le second cas, par exemple, il resterait défendeur bien qu'il ait été se plaindre au cadi que sa femme se refusait à continuer les relations conjugales, en invoquant, comme motif de son refus, que la partie de la dot payable d'avance n'a pas été payée.

Notons aussi que s'il était d'usage dans le pays de

ne pas payer d'avance une fraction de la dot, le mari serait toujours demandeur (1).

Une fois que le demandeur aura fait sa preuve par un des moyens reconnus par la loi, le défendeur, qui invoquera un fait le libérant de l'obligation que son adversaire vient de mettre à sa charge, devient demandeur : *reus in excipiendo fit actor*. Il devra faire la preuve de son dire, sinon l'adversaire devra jurer. Un individu réclame un objet prêté, il établit le prêt, son adversaire lui dit : « Je vous ai déjà remis l'objet », il invoque un fait qu'il doit prouver (2). En effet il a maintenant l'« ASL » contre lui. Puisqu'il est prouvé qu'il a contracté une obligation, jusqu'à preuve du contraire on ne le tiendra pas pour libéré.

Nous ne voulons pas nous étendre plus longuement sur ce point, mais il nous paraît nécessaire d'indiquer que de la distinction du demandeur et du défendeur dépend toute la théorie de la preuve en droit musulman. C'est de ce point qu'il faut obligatoirement partir pour comprendre à laquelle des parties on impose la preuve, et quelle est celle que l'on croit sous serment, à défaut de preuve ; et pour saisir ce qu'est en droit musulman la divisibilité de l'aveu, ou son indivisibilité apparente dans certains cas.

1. Khalil Perron, II, 497; Tohfah, 412, 416.

2. Khalil Perron, IV, 275; Seignette, 725; Minhadj, II, 78, 86, et III, 429.

SECTION II. — *Facilités et rigueurs de la preuve.*

Tout en restant à la charge d'une partie déterminée, la preuve d'un fait peut être rendue plus facile ou plus difficile. Cela de plusieurs façons.

Tantôt on exigera la preuve du fait lui-même, d'autres fois on se contentera d'une preuve approximative ; la commune renommée en est un exemple ; on ne prouve pas le fait, mais la croyance des gens, au milieu de qui l'on vit, à l'existence du fait à établir ; — tantôt un seul témoin suffira, tantôt il en faudra plusieurs ; — enfin on exigera, de ces témoins, des détails absolument concordants ou bien on se contentera de déclarations concordant seulement sur les points essentiels.

Nous devons dire qu'en règle générale, on exige la preuve du fait lui-même ; mais ainsi que nous le ferons remarquer à propos du témoignage, cette preuve étant parfois trop difficile à fournir, il suffira d'établir des faits impliquant le fait à prouver :

Ainsi une personne a été présente aux funérailles d'un individu, elle a assisté aux prières funéraires ; elle sera admise à attester le décès en exposant au cadi qu'elle a été témoin des obsèques (1).

De même celui qui a assisté à un mariage, peut

1. Hedaya, 358.

évidemment témoigner que le mariage a eu lieu ; mais on pourra encore prouver le mariage au moyen de témoins qui ont seulement assisté aux fêtes, qui ont eu connaissance du mariage « par la fumée du festin et le bruit des tambourins » (1).

La possession impliquant généralement la propriété, on pourra prouver son droit de propriété sur une chose, en produisant des témoins qui n'ont pas assisté au contrat par lequel on a acquis une chose, mais qui ont vu que la chose était entre les mains de celui qui s'en dit propriétaire (2).

Il y a aussi un déplacement de preuve dans le fait de dire qu'une femme a commis le crime de cohabitation illicite parce qu'elle est grosse, si c'est une femme libre non mariée, ou si c'est une esclave et que le maître nie avoir cohabité avec elle ; — la femme pourrait se laver de l'accusation en établissant qu'elle a été victime d'un viol (3). Remarquons qu'on prouve ici un fait par des conséquences ; ce n'est d'ailleurs pas une hypothèse isolée, puisque l'expertise consiste à apprécier un fait d'après ses traces, ses effets.

La question se pose chez les auteurs musulmans de savoir si le fait d'une haleine avinée prouve l'ab-

1. Khalil Perron, II, 488.

2. Hedaya, 358.

3. Khalil Perron, VI, 20 et 21 ; Seignette, 1946.

sorption de liqueurs enivrantes prohibées, et si un individu peut se baser sur ce fait pour témoigner de l'usage du vin par celui dont l'haleine a l'odeur de vin.

Selon Abou Chodja, ni l'odeur de l'haleine, ni celle des matières vomies ne sont une preuve suffisante ; Khalil admet à témoigner celui qui a constaté l'odeur vineuse, sans avoir vu l'accusé absorber le liquide (1).

Il y a un déplacement excessif de la preuve en matière de brigandage ; le témoignage de deux personnes affirmant qu'elles reconnaissent dans tel individu le brigand connu et cité pour ses crimes suffit comme preuve, quand bien même ces témoins n'auraient jamais assisté à un des actes incriminés (2).

Dans d'autres cas la preuve est rendue difficile et cela non seulement à cause du grand nombre de témoins exigés, mais parce que ces témoins devront concorder dans les moindres détails, sinon ces témoins seront condamnés comme calomniateurs. C'est dans le cas d'adultère, de stupre, et peut-on dire de cohabitation illicite d'une façon générale que quatre témoins sont requis. Ils ne devront pas se contenter d'affirmer qu'ils ont vu les coupables commettre le crime, ils devront affirmer qu'ils ont vu « le membre viril introduit dans les parties génitales

1. Fath al Qarib, 581 ; Minhadj, III, 243 ; Khalil Perron, VI, 105.

2. Khalil Perron, VI, 100 ; Seignette, 2033.

de la femme, kel mirouad fil makhala » (1) et « que si on avait passé un fil entre les deux individus, le fil se serait trouvé arrêté », selon une expression qui nous a été rapportée (2). On ne pourra d'ailleurs reprocher aux témoins d'avoir regardé les parties sexuelles des coupables dans le but de témoigner. Le juge devra interroger séparément les témoins, — ce qui n'est obligatoire qu'en matière criminelle sauf pour le rite hanéfi où cela s'impose en toute matière, — qui devront donner les détails les plus intimes et absolument concordants, sinon l'accusation tombe et accusateurs et témoins sont traités en calomnieux. Les Imams exigent que les quatre témoins déposent à la même audience, sauf Chaféi. Enfin Abou Hanifa n'admet point la preuve de l'adultère longtemps après le crime (3).

Khalil exige ainsi des détails de la part des témoins

1. *Miroued* : bâtonnet qui sert à étendre le kheul, noir dont les femmes se servent pour grandir les yeux ; *makhala* : étui à kheul.

2. Les auteurs musulmans donnent à ce sujet une énumération de circonstances précises différentes sur certains points selon les rites. Le but de cette précision est d'empêcher des accusations et des dépositions faites à la légère. Les témoins qui ne seraient pas en mesure de donner les détails réclamés seraient considérés comme calomnieux et à ce titre très sévèrement châtiés. Nous avons cru inutile d'insister.

3. Charani, *Balance*, 487 à 493; Khalil Perron, V, 237 à 240; Seignette, 1558 à 1562; Ohsson, VI, 237 à 291; Hedaya, 353; Minhadj, III, 408 et 214 à 220; Coran, sourate XXIV, verset 13.

qui établissent l'apostasie d'un individu ; Nawawi est d'un avis contraire (1).

En règle générale la concordance des témoins n'est exigée que sur les faits principaux (2). Il faut distinguer quelles sont les parties essentielles du témoignage qui doivent se retrouver dans les dires de tous les témoins. L'auteur de la « Hedaya » envisage le cas où deux témoins affirment qu'un individu a volé un animal de race bovine, mais l'un d'eux dit que c'est un taureau, l'autre que l'animal volé est une vache ; il n'y a pas concordance sur le caractère essentiel de la bête, l'accusé ne sera pas condamné à la mutilation de la main. Si au contraire les deux témoins s'accordent sur le sexe de l'animal volé, mais si l'un affirme que la vache volée était d'une couleur, l'autre d'une autre couleur, l'Imam Hanifa estime que la preuve du vol est rapportée, ses disciples Abou Youçof et Mohammed prétendent que cette preuve n'est pas suffisante.

Certains juristes, au dire de l'auteur de la « Hedaya », pensent que la différence entre les déclarations des témoins importe peu si l'un a dit : « la vache qu'un tel a volée était rousse » et l'autre : « qu'elle était noire » ; mais elle est à prendre en considération si l'un des témoins affirme que la vache était « noire » et l'autre « blanche ». Hanifa soutient que même dans le der-

1. Khalil Perron, V, 502 ; Minhadj, III, 206.

2. Ohsson, VI, 219.

nier cas la différence sur la couleur importe peu, car les vols de bestiaux sont commis le plus souvent la nuit, et que les bêtes sont couvertes de bouse, circonstances qui rendent difficile de voir la véritable couleur de la vache en question ; de plus, remarque Hanifa, la robe de la vache peut être blanche d'un côté, noire de l'autre. Lorsqu'il y a divergence sur le sexe, cela est important car pour spécifier le sexe d'un animal, il faut l'avoir examiné de près (1).

Dans certains cas la preuve est facilitée par une généralisation extrême des témoignages. Selon Khalil, par exemple, pour prouver l'usage du vin par un individu, il suffit que l'un des témoins atteste que l'accusé a bu, l'autre qu'il a vomi du vin (2), les deux témoins rapportent ici des faits qui sont dans un rapport de cause à effet, mais ne sont point communs.

On généralise aussi les témoignages relatifs à la répudiation, dans certaines conditions : par exemple, si le mari a dit à sa femme : « Tu es répudiée si je cause avec un tel » et que, selon un témoin, la conversation a eu lieu au marché et selon l'autre à la mosquée ; ou si le mari ayant répudié sa femme, un des témoins dit qu'il a répudié par « un » et l'autre par « deux », il y aura répudiation, le mari devra dans le dernier cas jurer qu'il n'y a pas répudiation par plus de « un ». Il n'y a pas généralisation si

1. Hedaya, 367.

2. Khalil Perron, VI, 104.

l'élément commun des témoignages se rapporte à des actes différents : par exemple, le premier témoin dit : « le mari a déclaré répudier sa femme s'il entrait dans telle maison » et le second : « s'il causait à un tel » ou bien si le premier a dit : « le mari a répudié sa femme s'il entrait dans telle maison », et le second affirme que le mari est effectivement entré dans la maison (1).

L'auteur de la « Hedaya » envisage certains cas de discordance entre les témoins favorables à l'une des parties ; il examine ces contradictions en tenant compte d'un autre facteur : la déclaration de la partie qui invoque ces témoignages. Nous n'examinerons ici que la contradiction entre les déclarations des témoins.

Un témoin affirme que le défendeur doit mille drachmes au demandeur, l'autre fixe deux mille comme montant de la dette : Hanifa rejette ces témoignages ; Abou Youçof et Mohammed estiment au contraire que la preuve est faite jusqu'à concurrence de mille drachmes, puisque les témoins sont d'accord sur ce chiffre et que leur divergence ne porte que sur les mille autres drachmes. Hanifa prétexte que les témoins doivent s'accorder pleinement ; or « deux mille » ne signifie pas « mille », la pensée des témoins ne s'accorde donc pas (2).

1. Khalil Perron, II, 596 à 599 ; Fagnan, 130, 131.

2. Hedaya, 365.

La même opposition d'opinions se constate entre l'Imam Hanifa et ses disciples si un des témoins atteste qu'un mari a répudié par « un », l'autre par « trois » (1).

Selon Charani, Hanifa est le seul des quatre grands Imams qui considère que la preuve n'est pas faite dans ce cas, mais Malek, Chaféi et Hambal estiment au contraire que si un témoin dépose que le débiteur doit « mille » et l'autre dit « deux mille », la preuve est faite pour « mille » ; pour le surplus, il faudra le serment du demandeur (2).

Il faut observer que, selon Hanifa, si les deux témoins affirment que la dette était par exemple de mille drachmes, puis si l'un d'eux déclare ensuite que le débiteur a payé cinq cents drachmes, le montant de la dette reste établi pour mille drachmes, c'est l'opinion rapportée dans le « Djamma Serir ». Abou Youçof soutient au contraire que cinq cents drachmes seulement seront dues (3).

SECTION III. — *Déchéance du droit de prouver.*

La partie qui doit fournir une preuve doit la fournir dans un certain délai, sinon elle n'est plus admise à la faire valoir. Elle peut de même se mettre

1. Hedaya, *loc. cit.*

2. Charani, Balance, 340, 341.

3. Hedaya, 366.

dans la situation de ne plus pouvoir prouver ; enfin il y a des cas où elle ne pourra point exposer au juge ses moyens de preuve parce que sa plainte ne sera point recevable.

Il nous faut donc examiner les questions suivantes : recevabilité d'une plainte, d'une preuve, faits qui empêchent la preuve d'être fournie.

Le demandeur doit préciser l'objet de sa demande qui ne saurait rester vague (1). Nous ne voulons pas insister sur ce point, n'étudiant pas la procédure en général, nous devons cependant le signaler car il est bien évident d'une part que le défendeur a besoin de bien connaître ce qu'on lui réclame, et d'autre part que le cadi doit examiner si les prétentions du demandeur sont exactement confirmées par ses titres ou ses témoins. Supposons un demandeur qui expose sa plainte, puis ses témoins font des déclarations qui ne sont pas conformes à la demande, la preuve n'aura pas été rapportée. La différence pourra porter sur l'étendue du droit du demandeur qui réclamera mille cinq cents drachmes, l'un des témoins affirmera que la dette est de mille cinq cents drachmes, l'autre qu'elle est seulement de mille. Nous avons vu quelles étaient les solutions données d'après les Imams.

Supposons maintenant, que le demandeur ait réclamé seulement mille drachmes, la preuve ne sera pas faite selon Hanifa parce qu'un des témoins sera

1. Minhadj, III, 428 ; Ohsson, VI, 195 ; Hedaya, 400 ; Tohfah, 23

reconnu comme faux par le demandeur, et que celui, dont le dire est conforme à la plainte, ne suffit pas à faire la preuve (1). Il est probable que les autres rites admettraient ici le serment du demandeur.

Varions l'hypothèse ; les témoins ont affirmé que le défendeur devait mille cinq cents drachmes, alors que le créancier en réclame seulement mille, il n'y a pas preuve de la dette ; mais le demandeur dit : « En effet, le montant de la créance était primitivement de mille cinq cents, mais j'ai reçu paiement de cinq cents drachmes, ce que mes témoins ignorent », la preuve de la créance est établie parce que la divergence entre les dires du demandeur et des témoins s'explique (2).

Nous avons examiné le cas où les témoins déclarent que la créance est de mille drachmes, alors que le demandeur réclame cette somme, mais où, par la suite, l'un des témoins déclare que le débiteur a payé cinq cents drachmes. Nous avons vu qu'Hanifa estimait que la preuve était faite pour mille drachmes, parce que le demandeur ne contredit le témoin que dans son dernier dire ; Ziffar et Tahavi estiment au contraire que la preuve de l'obligation n'est pas rapportée (3).

La différence entre les dires des témoins et la

1. Hedaya, 366.

2. Hedaya, 366.

3. Hedaya, 366, Ziffar, disciple d'Abou Hanifa.

plainte peut aussi porter sur la cause du droit invoqué ; il n'y a pas preuve lorsque le demandeur se dit propriétaire en raison d'un titre déterminé, et que les témoins déclarent qu'il est propriétaire à un autre titre ; mais la preuve sera considérée comme faite si le demandeur se dit propriétaire sans parler de la source de son droit et que les témoins déposent qu'il est propriétaire en vertu d'un titre donné (1).

La déclaration du demandeur qu'il n'a pas de témoins, ne l'empêche pas d'en présenter ensuite, car il pouvait ne pas les connaître, sauf dans le rite hambali (2).

L'un et l'autre plaideur peuvent se mettre dans l'impossibilité de prouver leurs prétentions, parce qu'ils se contredisent eux-mêmes. Ainsi l'individu à qui l'on réclame une chose ne peut prouver qu'il l'a rendue s'il a d'abord déclaré ne l'avoir jamais reçue (3). « La dénégation d'un dépôt réclamation par le déposant, dit Nawawi, suffit à elle seule pour faire naître la responsabilité du dépositaire pour la perte ou la détérioration fortuites, quand même il n'en serait pas responsable dans les circonstances ordinaires (4). » Les déclarations contradictoires des parties (Tena-kous) sont donc des obstacles à l'admission de la

1. Minhadj, III, 444-445.

2. Charani, Balance, 428 ; Khalil Perron, V, 150 ; Minhadj, III, 378.

3. Tohfah, 194, 195.

4. Minhadj, II, 292.

preuve ; mais pour cela il faut qu'elles soient précises, le défendeur devra avoir dit qu'il n'a pas reçu la chose à titre de dépôt, ou de prêt ; le simple fait de dire : « Je ne dois rien » ne l'empêcherait pas de prouver qu'il a payé (1), car il n'y a pas contradiction.

Les déclarations contradictoires, d'après Ibrahim Halebi, n'amènent point une impossibilité de prouver en matière de filiation ou de condition civile d'une personne ; on s'en rapporte, dans ces hypothèses, à la dernière déclaration ; un esclave peut dire qu'il a été affranchi purement et simplement, et soutenir ensuite qu'il a été affranchi contre un prix de rachat ; une femme qu'elle a été divorcée puis prouver qu'elle a été répudiée (2).

Une transaction intervenue entre les deux parties n'est point un obstacle absolu à la production des preuves permettant de reprendre le procès. On tiendra cette transaction pour nulle si l'une des parties retrouve, à l'appui de ses prétentions, une preuve qu'elle ignorait ; mais si le moyen de preuve était connu de la partie, lors de la transaction, la transaction demeure valable (3).

Les preuves doivent être fournies dans un certain délai ; nous aurons occasion de parler de délais en

1. Khalil Perron, V, 163, 164.

2. Ohsson, VI, 199.

3. Tohfât, 323 ; Khalil Perron, IV, 91 à 94.

étudiant le serment. Lorsqu'une des parties veut obtenir un délai pour produire ses preuves, elle peut être obligée de fournir caution. Passé le délai accordé par le juge, la preuve n'est plus recevable, le juge déclarera la partie déchue du droit de faire sa preuve (1) ; cependant cette déchéance (taadjiz) n'a aucun effet en matière de meurtre, hobous, affranchissement, filiation, répudiation (2).

Les parties ne pourront plus présenter de preuve après l'interpellation finale (iadar) faite par le cadî qui demande aux parties si elles n'ont plus rien à dire ; à ce moment si les parties ne protestent pas, le débat est clos et le cadî prononce son jugement (3).

Dans les deux hypothèses particulières que nous étudions pour cela à la fin de notre chapitre, il semble qu'une certaine vraisemblance soit requise pour qu'une prétention ne soit pas rejetée.

Lorsqu'une femme grosse est, pour cela même, accusée d'adultère, elle peut prouver qu'elle a été violée, mais il faudra qu'elle ait en sa faveur des circonstances concordantes rendant son dire vraisemblable, par exemple : qu'elle ait appelé au secours (4). On tiendra compte de la réputation de la femme, de celle

*1. Khalil Perron, V, 320-321; Seignette, 1676; Tohfât, 80.

2. Khalil Perron, V, 160; Tohfât, 99.

[3. Khalil Perron, V, 158; Tohfât, 80.

4. Khalil Perron, VI, 21; Seignette, 1497.

de l'homme qu'elle accuse et du fait qu'elle a porté plainte de suite après le viol (1).

Il y a donc ici une nécessité de vraisemblance pour que la preuve soit admise, cela pour éviter du scandale.

Dans un autre cas la vraisemblance du fait sera exigée pour éviter un dérangement vexatoire ; lorsque le défendeur ne se présente pas de lui-même devant le cadi, « s'il y a apparence que la demande est fondée, le cadi fera comparaître le défendeur, en l'envoyant chercher, s'il ne réside pas en dehors de la ville », nous dit Ebn Acem (2), dans le cas contraire, il semble donc que la preuve de la prétention du demandeur ne serait pas admise.

1. Tohfât, 1514 à 1536.

2. Tohfât, 31.

APPENDICE

Rites Hérétiques

RITE CHIIITE

Au point de vue de la charge de la preuve il n'y a point de particularités remarquables dans le rite chiite.

Les témoins doivent concorder dans leurs déclarations pour que la preuve soit faite ; en cas de contradiction le demandeur n'ayant au fond qu'un témoin qui lui soit favorable pourra prêter serment pour parfaire la preuve. Lorsqu'un témoin affirme que mille dinars sont dus, l'autre deux mille, la preuve est faite seulement pour mille ; pour l'autre mille, il faudra le serment du demandeur (1).

Le rite chiite exige dans certains cas une concordance plus rigoureuse ; si les témoins diffèrent sur le moment où une chose a été volée, on n'appliquera pas de peine corporelle à l'accusé (2).

1. Querry, II, 473.

2. Querry, II, 473.

Les témoins qui établissent la fornication ou l'adultère, doivent préciser les faits, concorder sur tous les détails et se présenter tous pour déposer à la même audience (1).

Il y a généralisation de la preuve lorsqu'un témoin déclare avoir vu boire du vin par une personne, l'autre l'avoir vue vomir ce liquide, quoique cela soit contesté par des juristes (2). Nous devons signaler comme particulier au rite chiite, parce que nous avons dit le contraire pour les rites sunnites, le fait suivant : la femme qui ne se trouve ni en puissance de maître, ni en puissance de mari et qui est devenue grosse, ne serapas passible de la peine prononcée en cas de fornication, s'il n'y a pas de preuve du crime et si la femme n'a pas avoué (3).

Ceci repose sur une croyance répandue en Perse, qu'une femme peut engendrer, sans avoir eu de relations avec un homme, par suite de lavages faits par erreur avec une eau devenue impure.

Des délais sont accordés pour la production des preuves (4).

El Mohekkik nous signale comme déchéance du droit de prouver : qu'autrefois on ne pouvait établir

1. Querry, II, 488.

2. Querry, II, 497.

3. Querry, II, 487.

4. Querry, II, 403.

la fornication, par témoins, plus de six mois après le crime (1).

Il faut aussi que la plainte en elle-même soit recevable, par exemple la demande formée par un musulman relativement à une affaire dont l'objet est du vin ou des pores n'est point reçue (2).

RITE ABADI

Le rite abadi se montre rigoureux, dans certains cas, pour la production de la preuve, il exige lui aussi une grande précision et une grande concordance dans les détails de la part des témoins de la fornication.

Dans les procès ordinaires, il suffit que les dires des témoins concordent d'une façon générale.

Le Nil envisage les hypothèses suivantes : Le demandeur amène deux témoins : Premier cas : l'un des témoins déclare que le défendeur doit cinquante, l'autre vingt-cinq ; le demandeur a réclamé cinquante ; le cadi peut condamner à cinquante ou rejeter les témoignages.

Deuxième cas : l'un des témoins affirme que le défendeur doit cinquante et l'autre soixante-quinze ;

1. Query, II, 488.

2. Query, II, 429.

le demandeur réclame cinquante ; le cadi ne tient pas compte des témoignages (1).

La partie qui se contredit, qui nie avoir emprunté ne peut ensuite prouver qu'elle a restitué ; cela comme en droit sunnite.

1. *Nil*, ch. XVII.

TITRE II

Moyens de preuve

CHAPITRE PREMIER

L'aveu. El Ikrar

SECTION I. — *Validité de l'aveu.*

L'aveu est la reconnaissance d'un droit ou d'un fait générateur d'obligation à la charge de celui qui fait la déclaration (El Moukir) (1).

Cette reconnaissance ne lie son auteur que si celui-ci est capable de s'obliger, de disposer de l'objet de l'aveu. Pour cela le moukir doit être majeur et sain d'esprit, libre de toute interdiction (2) ; la femme dans le rite maléki ne pouvant disposer à la fois de plus d'un tiers de son patrimoine, l'aveu ne l'engagera pas pour plus (3). L'aveu de l'individu qui a

1. Hedaya, 427.

2. Hedaya, 427 ; Charani, Balance, 336 ; Khalil Perron, IV, 266 ; Seignette, 718 ; Tohfât, 1388 ; Minhadj, II, 74 ; Sachau : *Aveu*, texte § 3.

3. Khalil Perron, IV, 266.

perdu la raison pour une cause momentanée n'est pas valable, mais par contre l'aveu fait sous l'empire de l'ivresse est valable, parce que l'ivresse est imputable à celui qui en a été, en quelque sorte, victime, quoique le contraire ait été affirmé (1). L'aveu d'un enfant émancipé est considéré comme valable, puisque cet enfant est virtuellement majeur (2).

L'aveu de l'esclavage n'est pas valable, s'il s'agit d'affaires ou de questions d'intérêt ; l'aveu de l'esclave produit effet, s'il se rapporte à un fait entraînant une peine corporelle ou le talion. Dans le premier cas, l'esclave engagerait son maître ; dans le second, il n'engage que sa personne. Mais si l'esclave était habilité, son aveu serait valable, dans les limites où son maître a consenti à ce qu'il s'engage ; — l'affranchi contractuel peut se lier par son aveu jusqu'à concurrence de ce qu'il possède (3).

Un individu muet pourra faire un aveu en s'exprimant par signes, cela même dans le rite hanéfi, où, nous le verrons, le témoignage du muet n'est pas admis (4).

Le malade — (en matière d'aveu, on entend par

1. Khalil Perron, 266 ; Ohsson, IV, 211 ; Tohfât, note 1307 et Zeys, n° 432.

2. Hedaya, 427.

3. Khalil Perron, IV, 268 ; Seignette, 719 ; Tohfât, 1547 ; Minhadj, II, 74, III, 434

4. Khalil Perron, IV, 268, 269 ; Seignette, 719 ; Ohsson, VI, 211.

maladie la maladie dont on meurt par opposition à l'état de santé) — est capable de faire un aveu. Dans tous les rites, sauf dans le rite hanéfi, les aveux faits pendant la dernière maladie ont la même valeur que ceux faits en état de santé, soit que le malade ait reconnu une dette contractée avant, soit qu'il ait déclaré une dette contractée pendant la maladie ; les Chaféïs admettent qu'il n'y a pas de préférence à donner à l'aveu fait par le malade, sur ceux faits après sa mort par ses héritiers (1).

Les Hanéfis mettent, sur le même pied d'égalité, les dettes avouées en état de santé et celles reconnues pendant la maladie, si ces dernières peuvent être établies autrement ; mais si la dette avouée par le malade ne peut être prouvée autrement que par l'aveu du malade, elle ne sera payée qu'après les autres, parce que l'aveu tend alors à préjudicier aux droits des autres créanciers. L'aveu, qui est dans ce cas considéré comme un acte d'une nature gratuite, ne doit pas excéder le tiers dont on peut disposer par testament ; cependant au moyen d'aveux répétés on peut disposer de plus du tiers, parce que l'objet de l'aveu est acquis immédiatement à celui au profit duquel on a fait l'aveu (El Mouker lo) ; si l'on fait un second aveu, on dispose du tiers du patrimoine constitué par les deux tiers de l'ensemble des biens qui

1. Charani, Balance, 336, 337 ; Minhadj, II, 75.

composaient le patrimoine avant le premier aveu. Il ne faut pas assimiler cette façon de disposer au legs, parce que, le légataire ne devient propriétaire qu'à la mort du testateur. Omar en a décidé d'ailleurs ainsi (1).

Nous retrouverons l'aveu du malade plus bas.

L'aveu doit être libre, s'il avait été fait sous l'empire de la violence, il ne serait pas pris en considération et si un jugement avait été rendu en se basant sur cet aveu, il serait annulé (2).

Cependant dans certaines hypothèses, un individu accusé et contre lequel se dressent certaines présomptions de culpabilité, est mis en prison, jusqu'à ce qu'il avoue ou prête serment qu'il est innocent ; mais il n'y a pas à proprement parler contrainte ; l'accusé peut retrouver sa liberté en jurant qu'il n'est pas coupable (3).

L'aveu, pour recevoir effet, doit être prononcé en faveur d'une personne capable d'en recueillir le bénéfice ; il peut être fait au profit d'une mosquée, d'un enfant simplement conçu, dans ce cas il faudra que l'enfant soit conçu lors de l'aveu ; ce qui est établi si la femme a été soumise à cette époque à la copulation

1. Hedaya, 436, 437 ; Ohsson, VI, 211.

2. Omar bey Loufty, 2^e fasc, p. 35, I, fasc., p. 77, note I ; Morched el Haïran, n° 294 ; Minhadj, II, 76 ; Sachau, *Aveu*, texte § 3.

3. Tohfât, 1541.

et si elle accouche d'un enfant vivant avant l'expiration du délai extrême de la gestation (1).

L'aveu étant la reconnaissance d'un droit appartenant au mouker lo, la dénégation du mouker lo délie le moukir (2); on peut voir dans cette dénégation soit un renoncement à son droit, soit un signe que l'aveu est invraisemblable. Il n'y a qu'un cas où celui, au profit duquel l'aveu a été fait, l'ayant déclaré faux, peut en bénéficier sans que le moukir fasse un second aveu: c'est lorsque l'objet de l'aveu est l'équivalent d'un service réciproque, par exemple une femme dit à son ancien mari: « Tu m'as divorcée contre un certain prix, je reconnais te devoir tant »; le mari dénie l'aveu, il déclare ensuite que la femme a dit la vérité; l'objet de l'aveu lui échoit, sans que la femme fasse un second aveu (3).

L'aveu doit être sincère; si le juge conçoit un doute sur la sincérité de l'aveu, il ne doit pas condamner, de même et à *fortiori* si la déclaration est mensongère, par exemple si un impuissant déclarait avoir commis un adultère (4). L'aveu est non avenu quand on y ajoute une cause qui ne peut exister légalement,

1. Khalil Perron, IV, 273; Seignette, 718 et 724; Hedaya, 429; Minhadj, II, 76.

2. Khalil Perron, IV, 267; Minhadj, II, 76.

3. Sachau, p. 446.

4. Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 76, 77.

mais il est valable si la cause n'est pas exprimée (1). Si le moukir dit : « Je suis tenu envers l'enfant qui est dans le giron de telle femme pour telle somme qui lui revient en vertu de tel héritage », le moukir est obligé par son aveu ; s'il dit : « Je suis débiteur envers cet enfant parce que je lui ai emprunté telle somme », il n'y a aucune obligation naissant de cette reconnaissance, car il est impossible d'emprunter de l'argent à un enfant simplement conçu ; si la cause n'était pas exprimée, l'aveu serait valable, avons-nous dit, mais chez les Hanéfis il y a une discussion entre Mohammed qui admet la validité de l'aveu, et Abou Youçof qui ne l'admet pas même si la cause impossible a été passée sous silence (2).

La nécessité de la vraisemblance de l'aveu entre en jeu d'une façon particulière pour l'aveu de paternité, nous n'examinerons pas cet aveu un peu spécial, il nous suffira de mentionner qu'une différence d'âge rendant possible le fait de la paternité du moukir vis-à-vis du mouker lo est requise pour que cet aveu soit suivi d'effets (3).

L'aveu ne doit pas être soupçonné d'intention réprouvée par la loi (4). C'est à ce titre qu'il convient

1. Minhadj, II, 76.

2. Hedaya, 429.

3. Hedaya, 439 ; Khalil Perron, IV, 297 ; Seignette, 235 ; Minhadj, II, 89, 90.

4. Khalil Perron, IV, 268.

d'examiner l'aveu fait par le malade au profit de certaines personnes.

Nous avons vu que l'aveu du malade est généralement valide, que les Hanéfis accordent cependant un privilège aux créanciers dont les droits sont prouvés autrement que par le seul aveu du malade, sur ceux qui sont dépourvus d'autre titre.

Tous les rites, sauf le rite chaféi, ont vu avec défaveur certains aveux du malade qui voudrait déroger à la loi successorale en avantageant, au moyen d'un aveu, certains héritiers.

Pour les Chaféïs, l'aveu du malade, qu'il soit fait au profit d'un héritier ou d'un étranger, est entièrement valable, car il y a toujours lieu de croire qu'il est sincère (1).

Il en est autrement dans les autres rites, si le mouker lo est un héritier ; car le Prophète a dit : « On ne peut faire un legs ou un aveu au profit d'un héritier. » De plus un malade n'ayant plus besoin de ses biens, le droit des héritiers est pour ainsi dire déjà né, disposer par un aveu au profit d'un seul, c'est léser le droit des autres ; ce qui fait que le même raisonnement n'est pas appliqué dans le cas d'un aveu en faveur d'un non-héritier (aveu exécutoire contre les héritiers), c'est que le malade est dans l'obligation de faire certains actes qui deviendraient

1. Charani, Balance, 338 ; Hedaya, 437 ; Minhadj, II, 75.

impossibles s'il ne pouvait s'engager par son aveu. L'aveu fait par un malade au profit d'un héritier n'est donc valide que si les cohéritiers du mouker lo ratifient la déclaration du moukir (1).

L'aveu fait par le malade au profit d'un étranger est valable, car on ne peut soupçonner le malade de préférer cet étranger à ses héritiers (2).

Si l'aveu est fait au profit d'un ami ou d'un proche parent non héritier, cet aveu ne produira pas d'effet si le malade n'a pas d'héritier direct (3). Au contraire il sera considéré comme valable si le moukir a un enfant, et s'il fait l'aveu au profit d'une autre personne qu'un autre enfant ou qu'une de ses femmes (4).

On admettra l'aveu du mari malade au profit d'une de ses femmes, ou de la femme malade au profit de son mari, qu'ils aient ou non des enfants, sauf si l'auteur de l'aveu avait une affection marquée pour son conjoint. Si on ignore les sentiments du moukir vis-à-vis du mouker lo, l'aveu restera sans effet sauf si le moukir laisse des enfants du sexe masculin ; s'il ne laissait que des filles, l'aveu fait au profit du conjoint serait, semble-t-il, sans valeur (5).

1. Charani, Balance, 337-338 ; Hedaya, 437, 438.

2. Tohfât, 1401 ; Hedaya, 438.

3. Tohfât, 1402 ; Khalil Perron, IV, 269.

4. Tohfât, 1413.

5. Tohfât, 1408 à 1416 ; Khalil Perron, IV, 270 à 272 ; Seignette, 720, 721.

Dans le rite hanéfi si l'aveu est fait au profit d'une femme répudiée par trois, avant l'expiration de l'edda (retraite destinée à assurer la franchise de l'utérus), la femme ne pourra réclamer, de l'objet de l'aveu ou de sa part héréditaire, que la moindre des deux choses ; car, la femme étant encore héritière lors de l'aveu, on peut craindre une entente entre le mari et la femme pour augmenter la part de la femme (1).

L'aveu d'un malade au profit d'un parent qui laisse des héritiers égaux en rang avec mouker lo est nul ; spécialement, n'est pas suivi d'effets, l'aveu d'un père au profit d'un de ses enfants, est valable au contraire l'aveu du père au profit d'un de ses enfants si cet enfant était irrespectueux et rebelle ; il est peu vraisemblable en effet que le père ait voulu avantager cet enfant (2).

Selon Ebn Acem, l'aveu fait par un père en faveur d'un de ses enfants recevrait exécution s'il avait une cause plausible très vraisemblable. Par exemple, si le père avait eu l'administration du bien d'un de ses enfants, il pourrait dans ce cas déterminer par aveu quels étaient ces biens (3).

Si après avoir fait un aveu au profit d'une personne, le moukir dit en parlant du mouker lo : « Cet individu

1. Hedaya, 438.

2. Tohfât, 1405, 1407 ; Khalil Perron, IV, 271.

3. Tohfât, 1403, 1404.

est mon fils », la parenté est établie, l'aveu fait en faveur de l'individu reconnu ensuite pour fils par le moukir tombe parce qu'il est certain que le mouker lo était le fils du moukir lors du premier aveu. Il n'en serait pas de même si le moukir avait dit : « Une telle (femme en faveur de qui un aveu a été fait) est ma femme » ; car le mariage ne produit effet que du moment où il a été contracté : or, il a pu être contracté postérieurement au premier aveu (1).

Ebn Acem fait remarquer que, selon la majorité des auteurs, lorsque l'aveu du malade est invalidé, il l'est pour le tout ; il rapporte cependant l'opinion d'Ebn-El-Qacem qui soutient que l'aveu du malade reçoit exécution au moins jusqu'à concurrence du tiers (2).

Le moukir doit pouvoir disposer de la chose sur laquelle porte l'aveu ; il peut se produire qu'il n'en ait pas la disposition lors de sa déclaration, mais que par suite il l'acquiert : par exemple, un individu dit : « Tel homme qui passe pour esclave est un homme libre » ; si l'esclave était la propriété d'un autre maître que le moukir, il restera esclave, mais s'il devient esclave du moukir, il sera déclaré libre (3).

De ce que le moukir doit pouvoir disposer de la chose, il ne s'ensuit pas qu'il doive la présenter

1. Hedaya, 438.

2. Tohfât, 1403, 1404.

3. Minhadj, II, 79.

comme sienne lorsqu'il avoue : s'il disait : « Ma maison est à un tel », il n'y aurait pas avoué ; le moukir devrait dire : « La maison qui a été mienne jusqu'ici est à un tel », cela constitue une déclaration d'abandon, ou : « La maison qui passe pour être à moi est à un tel », ce qui est un aveu pur et simple (1).

OBSERVATION. — *Circonstances où la loi se montre favorable au moukir.* — Dans certaines circonstances, la loi musulmane s'est montrée clémentine envers le moukir. Dans le cas d'adultère, les Hanéfis et les Hambalis exigent que celui qui avoue son crime fasse quatre aveux dans quatre séances différentes ; cela pour laisser au moukir la possibilité de revenir sur sa déclaration. Les docteurs de ces deux rites s'appuient sur la conduite du Prophète vis-à-vis d'un individu du nom de Maez, coupable d'adultère, qui confessa son crime et que le Prophète n'aurait condamné, d'après les Hanéfis et les Hambalis, qu'après son quatrième aveu.

Les Malékis et les Chaféïs se contentent dans ce cas d'un aveu unique (2).

De même, selon Ahmed ibn Hambal et Abou Youçof, il faudrait deux aveux pour faire condamner le moukir à la mutilation (3) ; et selon Hanifa, lorsqu'un

1. Minhadj, II, 78, 79.

2. Charani, Balance, 486 ; Ohsson, VI, 286 ; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 77 ; Khalil Perron, VI, 18 ; Seignette, 1944 ; Minhadj, III, 214.

3. Charani, Balance, 510.

individu avouerait avoir bu du vin, son seul aveu ne suffirait pas, il faudrait de plus que l'haleine de cet individu sente le vin (1).

Selon Al Hasan ibn Ayyoub, le cadi Ibn Zarb affirmait que, lorsqu'un homme avoue avoir porté des coups à quelqu'un, ce fait est établi ; mais si le moukir avoue de plus que la victime en était morte, cela ne suffit pas pour mettre le moukir à mort, parce que la victime a pu mourir d'autre chose ; il n'y aurait qu'une présomption confirmable par le serment Ké-samé (2).

SECTION II. — *Formes de l'aveu.*

L'aveu peut être fait par le débiteur lui-même ou par un mandataire (3). D'après l'opinion d'El Mazeri, si un individu dit au mandataire : « Avoue que je dois tant », cela constitue un aveu avant même que le mandataire l'ait répété ; prouver le mandat de faire un aveu c'est prouver l'aveu lui-même (4).

L'aveu peut avoir lieu en justice ou être extra-judiciaire, dans les deux cas il aura la même force obligatoire, mais le mouker lo devra le faire constater pour éviter les contestations qui pourraient se pro-

1. Charani, Balance, 534.

2. Miyar, I, 291.

3. Ibn Arfa, cf. Khalil Seignette, p. 225 ; Tohfât, 283.

4. Khalil Perron, IV, 221.

duire par la suite ; si l'aveu est fait à l'audience, il est enregistré par les « Adoul », s'il est extra-judiciaire, on le fera constater par deux témoins qui attesteront qu'un aveu a été fait (1).

L'aveu peut résulter d'une déclaration affirmative très nette telle que : « Je dois ; j'ai sur la conscience ; j'ai reçu de vous telle somme (2). » Il n'y a pas aveu lorsque la déclaration est exclamative ou ironique : « Moi, je vous dois !! Quelle sorte de monnaie voulez-vous ? Prenez, prenez toujours (3) ! » Ne constituent pas un aveu obligatoire certaines formules de gratitude ou de malédiction : « Un tel m'a prêté, que Dieu le récompense ! Il m'a tourmenté jusqu'au paiement, que Dieu ne le récompense pas (4) ! »

L'aveu ressort aussi d'une réponse affirmative à une question du demandeur : « Vous me devez. — Oui, certainement », ou d'une réponse contenant indirectement une affirmation : « Vous me devez telle chose. — Ne me l'aviez-vous pas prêtée ? — Donnez-moi des facilités pour le paiement (5)... » Il y aurait aveu du droit de propriété d'un individu sur une maison si on proposait à cet individu de devenir son locataire. En somme il y a aveu chaque fois que directement

1. Khalil Perron, V, 154.

2. Khalil Perron, IV, 275 ; Seignette, 725.

3. Khalil Perron, IV, 277 ; Seignette, 726 ; Minhadj, II, 77, 78.

4. Khalil Perron, IV, 281.

5. Khalil Perron, IV, 276 ; Seignette, 725 ; Minhadj, II, 78.

ou indirectement, mais sérieusement, on confesse que le droit de la partie adverse existe réellement.

Selon Khalil, le moukir serait tenu par l'aveu quand même il dirait dans sa déclaration : « S'il plaît à Dieu » (1). Car dès qu'il est prononcé, l'aveu est valable, la volonté divine ne le détruira pas. D'après l'auteur de la « Hedaya », le moukir n'est pas lié par cet aveu, car, selon Abou Youçof, la réserve de l'agrément de Dieu est une annulation de l'aveu ou bien une condition suspensive, qui, elle aussi, invalide l'aveu; selon Mohammed, l'aveu ne peut être fait sous condition : est-il fidèle, le fait que la condition ne se produit pas ne peut le rendre faux, est-il faux, l'arrivée de la condition ne le rendra pas fidèle. De plus, selon Mohammed, soumettre la validité de l'aveu à la volonté de Dieu, c'est la subordonner à une condition impossible à connaître (2). Chaféi sur ce point est d'accord avec les Hanéfis (3).

Une promesse de faire une déclaration dans un certain délai ne constitue pas un aveu, s'il n'y a pas de reconnaissance actuelle d'une obligation (4). Mais un aveu peut être fait à terme, la phrase : « Je reconnais que cent drachmes sont dues par moi à un tel, lors de

1. Khalil Perron, IV, 275; Seignette, 725.

2. Hedaya, 430.

3. Minhadj, II, 86.

4. Khalil Perron, IV, 272.

telle fête », est un aveu, la dette est à terme ; mais si le mouker lo pouvait établir qu'il n'y avait pas de terme, l'obligation devrait être exécutée de suite (1).

SECTION III. — *Rétractation de l'aveu.*

Redjou' El Ikrar.

La rétractation de l'aveu ne peut avoir lieu après le jugement ; avant le jugement elle peut être prise en considération si elle est faite immédiatement après l'aveu et si elle est fondée sur une erreur, sinon la déclaration contenue dans l'aveu reste acquise (2).

Toutefois, s'il en est ainsi lorsque l'aveu porte sur un droit de l'homme, parce que, au dire de Nawawi, l'homme est cupide, il n'en est pas de même lorsqu'il intéresse un droit de Dieu, parce que Dieu est bon et généreux (3).

Particulièrement est rétractable, l'aveu qu'a fait un individu du crime de cohabitation illicite. On peut toujours rétracter cet aveu, même si on l'avait répété quatre fois, car il peut y avoir un doute, selon Ibrahim Halebi ; ce doute profite au coupable. Selon Charani et Ebn Acem, Malek n'admettrait la rétractation que si le moukir faisait la preuve de son innocence ; mais dans Khalil, il n'est pas question de cette

1. Hedaya, 430.

2. Khalil Perron, V, 181 ; Minhadj, II, 76.

3. Sachau. *Aveu*, texte § 3.

condition ; Khalil, ainsi que les docteurs des autres rites, admet la rétractation survenant même pendant le supplice. La rétractation peut être tacite : elle résulte de la fuite du coupable : Nawawi repousse cette possibilité de rétracter tacitement l'aveu en prenant la fuite ou en demandant grâce.

La possibilité de rétracter l'aveu de cohabitation illicite se déduit d'un hadits : lors de l'exécution de Maez, Maez se rétracta ; on le lapida malgré cela ; mais lorsque la chose fut rapportée au Prophète, celui-ci exprima ses regrets et dit : « Vous eussiez mieux fait de le laisser aller, peut-être se serait-il repenti (1). »

L'aveu ne peut être annulé par le fait que le moukir déclare que la cause de l'obligation avouée est illicite ; que c'est par exemple le prix d'achat d'un porc ou d'une certaine quantité de vin ; il y aurait en effet une véritable rétractation, le prix de porc ou de vin n'étant pas obligatoire pour un musulman. Ce que nous venons de dire est admis par les Malékis, les Chaféïs, et chez les Hanéfis par Hanifa ; Abou Youçot et Mohammed admettent au contraire que le moukir n'est pas lié par son aveu si la déclaration de la cause illicite est immédiate (2).

1. Hedaya, 428 ; Charani, Balance, 488 ; Ohsson, VI, 286 ; Khalil Perron, VI, 18 et 88 ; Seignette, 1944 ; Miyar, I, 272, 273 ; T ohfat, 1543 ; Minhadj, III, 215.

2. Hedaya, 432 ; Khalil Perron, IV, 278, 279 ; Seignette, 728.

De même l'aveu subsiste si le moukir déclare que la somme dont il est débiteur est un lucre illicite, à moins que le mouker lo ne reconnaisse lui-même la chose.

Nawawi explique ces solutions en disant que l'aveu opère une novation ; d'autres auteurs l'expliquent en remarquant qu'admettre la possibilité d'annuler l'aveu, en lui supposant une cause illicite, serait laisser une porte ouverte à la rétractation.

Un autre exemple montre qu'un aveu ne peut être rétracté: le moukir a dit: « Telle maison est à Saïd. Elle est à Amar », il devra à Saïd la maison et à Amar la valeur de la maison (1).

SECTION IV. — *Restrictions et rectifications apportées à l'aveu.*

Si l'aveu n'est généralement pas susceptible de rétractation, il est cependant possible pour le moukir d'introduire des restrictions dans sa déclaration. Les clauses d'exception ou de modification sont acceptées pourvu qu'elles fassent corps avec l'aveu, qu'elles soient immédiates, ou que, s'il y a un intervalle entre la déclaration et la restriction, le moukir ait une excuse qui sera un fait indépendant de sa volonté :

1. Minhadj, II, 88; Ohsson, VI, 211; Khalil Perron, VI, 291; Seignette, 743.

accès de toux ou évanouissement survenu pendant qu'il parlait (1).

L'exception sera valable, qu'elle soit petite ou grande, à condition de ne pas rendre l'aveu illusoire en étant aussi grande que le montant de l'aveu d'abord déclaré. On pourra valablement dire : « Je dois à un tel dix drachmes moins neuf (2). »

Pour les Malékis et les Chaféïs, l'exception est valable, même si elle ne peut être mise en nature à la charge du mouker lo, on pourra dire : « Je dois à Ali mille drachmes, moins un habit ou moins un esclave. » On déduira de la somme la valeur de l'habit ou de l'esclave ; cela est possible les deux choses étant susceptibles d'estimation (3). Hanifa exige pour que l'exception soit possible, lorsqu'elle exprime une chose d'une espèce différente de celle du corps de l'aveu, qu'elle puisse être portée en nature à la charge du mouker lo ; on peut avouer : mille drachmes moins une mesure de blé ; les céréales peuvent être en effet estimées selon le poids, la mesure, le nombre, on peut s'en servir dans les échanges ; ce sont

1. Khalil Perron, VI, 293 ; Seignette, 745 ; Hedaya, 430 et 434 ; Charani, Balance, 336 ; Minhadj, II, 88.

2. Charani, Balance, 340. La traduction contient une faute d'impression qui fait dire juste le contraire, il faut remplacer le mot « plus » par le mot « moins ».

3. Charani, Balance, 340 ; Khalil Perron, IV, 294 ; Seignette, 745 Minhadj, II, 88 ; Hedaya, 340.

pour ainsi dire des choses de la même espèce que l'argent (1). Mohammed prétend que même dans ce cas l'exception est nulle, car il faut, selon lui, que la chose exceptée soit de même espèce (2). Selon Charani, Hambal serait de même opinion que Mohammed (3).

On admet l'exclusion non seulement par rapport à une chose de genre, mais aussi vis-à-vis d'un objet certain et déterminé. Nawawi nous fait observer qu'il y a sur ce point dissentiment entre les juristes. On pourra ainsi déclarer : « Cette maison est à Ali, mais cette chambre est à moi (4). »

Les Malékis admettent cette exception (5), ils admettent même que si le moukir a dit en parlant d'une bague : « L'anneau vous appartient, mais le chaton est à moi. » Il ne devra que la bague (6).

Les Hanéfis font une distinction : si le moukir avoue « une maison moins une chambre », s'il déclare : « La fondation de cette maison m'appartient, la cour est à Ali », on tiendra compte de l'exclusion ; mais s'il dit : « Cette maison est à Ali, les fondations sont à moi », « cet anneau est à Ali mais la

1. Hedaya, 430 ; Charani, Balance, 339, 440.

2. Hedaya, 430.

3. Charani, Balance, 340.

4. Minhadj, II, 89.

5. Khalil Perron, IV, 293 ; Seignette, 745.

6. Khalil Perron, IV, 283.

pierre est à moi », « ce verger est à A'i, les arbres sont à moi », le mouker lo aura droit aussi bien aux fondations qu'à la maison, à la pierre qu'à l'anneau, aux arbres qu'au verger. La raison en est, selon l'auteur de la « Hedaya », que « la fondation est incluse dans la maison comme dépendance, mais n'est pas comprise dans le terme « maison » et une exception n'est valable que si elle a rapport à une chose comprise dans la chose avouée selon le sens du mot » (1).

La rectification peut aussi intervenir parce que la première déclaration était une inadvertance ; mais ici encore elle doit être immédiate : on peut dire : « Je dois un drachme, non c'est deux dinars (2). »

SECTION V. — *Précision de l'aveu.*

Un aveu peut porter sur un objet inconnu ou dont la valeur n'est pas précisée, mais il y aura lieu à détermination. C'est une obligation pour le moukir (3).

Si l'on dit : « Je dois une chose à Ali », il faudra dire quelle est cette chose, on se contente de l'objet, que le moukir déclare avoir eu en vue, à la seule condition que ce soit un objet de quelque valeur et susceptible du droit de propriété. Selon Nawawi, on

1. Hedaya, 430, 431.

2. Khalil Perron, IV, 287.

3. Hedaya, 428 Sachau, *Aveu*, texte § 3; Minhadj, II, 79.

devra même se contenter dans ces circonstances d'un objet sans aucune valeur par lui-même, si l'espèce à laquelle il appartient en a, par exemple un grain de froment. L'aveu d'une « chose de valeur » ou de « haute valeur » n'entraîne, d'après Nawawi, que l'obligation de donner une « chose qui n'est pas entièrement privée de valeur » (1).

Selon l'auteur de la « Hedaya », si on avoue « un bien », l'objet que l'on désigne ensuite doit avoir au minimum la valeur d'une drachme ; car pour moins d'une drachme, on ne se sert pas du mot « bien ». Si l'on dit : « Je dois un grand bien », l'objet doit avoir la valeur de deux cents drachmes, selon Abou Youçof et Mohammed, parce que c'est la valeur qui constitue un nizab (unité imposable) pour le zekkat (impôt), et c'est un bien qui classe son propriétaire parmi les gens riches, il faut exiger au moins cette somme, sinon le qualificatif « grand » serait vain.

Une opinion attribuée à Hanifa veut que l'on se contente de dix drachmes, le vol de dix drachmes entraîne la mutilation du coupable, c'est un grand bien puisqu'on coupe la main de celui qui le dérobe. D'une façon générale lorsqu'on avoue : « Je dois un grand bien de telle espèce », on doit au moins le montant du nizab de cette espèce au point de vue du zekkat. Pour des chameaux, ce sera vingt-cinq.

1. Minhadj, II, 80.

Il faut que l'espèce soit soumise à cet impôt (1).

Si l'on dit : « Je reconnais devoir des biens considérables », on doit trois nizabs de ces biens ; si l'on dit : je dois « des dinars », on en devra au moins trois, la langue arabe possédant une forme de duel (2).

Si l'on déclare : devoir un droit sur une maison, on ne se contentera pas de l'explication que le droit porte sur une poutre, ce qui serait une véritable rétractation (3).

L'expression : « J'avoue devoir tant » équivaut à celle : « J'avoue devoir une chose », si l'on s'exprime en répétant le mot « chose » ou le mot « tant » sans conjonction, on ne doit qu'une seule chose ; si on dit « une chose et une chose » on en doit deux. Si le moukir déclare devoir « mille », on acceptera son explication quant aux pièces dues (4).

L'aveu relatif à des pièces de monnaie peut donner lieu à des interprétations à cause de la façon de compter : si l'on avoue devoir « d'une à dix drachmes » on devra en payer neuf : « une drachme sur dix » ; on en devra « une, dix ou onze » (5). D'après El Badjuri, si l'on dit : « Je dois à Saïd trois drachmes, moins deux, plus une », on doit une drachme : $3 - 2 = 1$,

1. Hedaya, 428, 429.

2. Khalil Perron, IV, 285 ; Minhadj, II, 81.

3. Khalil Perron, IV, 283.

4. Khalil Perron, IV, 282 à 285 ; Seignette, 732 à 739 ; Minhadj, II, 82.

5. Minhadj, II, 82.

$1 + 1 = 2$, car des trois drachmes on retranche une, au reste on ajoute la dernière drachme. On ne pourrait vouloir faire le compte ainsi : $3 - (2 + 1)$; ce serait vouloir retrancher trois de trois, ce qui est impossible en matière d'aveu. Si l'on déclare : « Je dois une drachme et une drachme et une drachme moins une drachme, on en devra trois, car on n'additionne pas avant de retrancher la dernière drachme, cette dernière drachme ne peut être retranchée elle-même d'une drachme, on a : $1 + 1 + 1$, le $- 1$ est impossible. Si l'on avoue « une drachme et deux drachmes moins une » ; la soustraction est possible, on devra $1 + (2 - 1) = 2$, on devra deux drachmes (1). Khalil multiplie le nombre des exemples, nous ne voulons pas insister (2). Ceci ne s'explique pas par la façon de compter usitée dans certains pays.

Certaines formules d'aveu peuvent donner naissance à un doute à propos de l'étendue précise de l'aveu. Lorsqu'on déclare devoir « un vêtement dans un coffre, une épée dans un fourreau », l'aveu doit s'interpréter ainsi : on doit l'habit qui est dans le coffre et non le coffre, l'épée et non le fourreau ; on doit le contenu et non le contenant ; quoique dans ces hypothèses on puisse cependant admettre que le contenant est dû aussi. Il n'y aurait pas à hésiter

1. Sachau, *Aveu*, texte § 4.

2. Khalil Perron, IV, 286.

si l'on disait : « Je dois tel cheval dans telle écurie », dans ce cas on ne doit certainement que le cheval.

Si l'on avouait : un coffre dans lequel il y a un habit, on ne devrait que le contenant : si on déclarait être débiteur d'un esclave avec un turban, on ne serait tenu qu'à livrer l'esclave. Dans ces hypothèses on n'avoue qu'une seule chose ; l'habit et le turban ne sont que les déterminatifs du coffre et de l'esclave. Au contraire, si on avoue « un cheval avec sa selle », on devra la bête et le harnachement ; si on dit : « un habit avec des broderies », les broderies sont dues aussi bien que l'habit (1).

Certains aveux sont vagues parce qu'ils sont faits sous une forme alternative. Le moukir dit : « Cette brebis ou cette chamelle est à un tel », il n'est tenu à livrer que la brebis à la condition qu'il jure ne pas devoir la chamelle. S'il déclare : « Un de ces deux vêtements est à un tel », il doit spécifier lequel ; s'y refuse-t-il, le mouker lo choisira, mais si le mouker lo opte pour le meilleur, le mouker lo devra prêter serment que c'est celui-là qui est à lui ; si le moukir avait désigné le plus mauvais, il devrait aussi un serment que c'est bien tel vêtement qui est dû (2). Dans le cas où le moukir et le mouker lo déclarent ne pou-

1. Khalil Perron, IV, 289 ; Seignette, 740 ; Charani, Balance, 336 ; Minhadj, II, 83.

2. Khalil Perron, IV, 290. 291 ; Seignette, 742.

voir spécifier laquelle des deux choses est due, ils jureront qu'ils l'ignorent et seront propriétaires en commun des deux vêtements (1). De même lorsqu'une personne déclare affranchir un de ses deux esclaves, elle sera contrainte de spécifier lequel (2).

La répétition d'un aveu peut être une cause de confusion, y a-t-il deux aveux distincts ou bien le second ne fait-il que confirmer le premier ? Prenons un exemple : un individu avoue devoir mille pièces de monnaie à un tel, un autre jour il avoue encore être débiteur de mille pièces de monnaie envers le même personnage, sera-t-il tenu pour mille ou pour deux mille ? Il ne sera débiteur que de mille pièces (3). Ebn Acem prétend cependant que les auteurs sont divisés sur le point de savoir si on s'en rapportera à la déclaration, sous serment, du moukir qu'il n'y a qu'une seule dette, ou à celle du mouker lo, qu'il y en a deux (4).

Si l'on avait avoué une fois une certaine somme, et une autre fois une somme moindre envers le même individu, Nawawi soutient qu'on ne sera tenu que pour la plus forte, Khalil pour les deux (5).

Si les causes ou les modalités des dettes ont été

1. Khalil Perron, IV, 292; Seignette, 744.

2. Hedaya, 428.

3. Minhadj, II, 85; Khalil Perron, IV, 287.

4. Tohfât, 1416, 1417.

5. Minhadj, II, 85; Khalil Perron, IV, 287, 288.

exprimées et diffèrent les unes des autres, il ne peut y avoir de doute, on devra très certainement les deux sommes, même si elles sont égales (1); de même si chaque obligation avait fait l'objet d'un écrit, les deux titres montrent qu'il y a deux dettes distinctes (2).

La détermination portera parfois aussi sur la qualité de l'objet avoué :

Le défendeur a déclaré devoir mille drachmes au demandeur pour prix de telle marchandise ou reçues en prêt, puis il soutient que ce sont des « zaïfs », des « bin hirja » ou des « satoukas », ou encore des « arziz », le mouker lo prétend que ce sont des « djid » : selon Hanifa, le moukir devra des djid; selon Abou Youçof et Mohammed, on s'en rapportera au moukir si son assertion suit immédiatement l'aveu: « Je dois des drachmes, ce sont des zaïfs », en effet son explication est une modification valable, car elle fait corps avec l'aveu; de plus le mot drachme peut s'appliquer littéralement aux zaïfs et par métaphore aux

1. Minhaj, II, 86.

2. Tohfât, 1418.

3. Hedaya, 432, 433. Les djid sont les bonnes drachmes. Les zaïfs sont des drachmes qui ne sont pas acceptées par les caisses publiques, mais qui ont cours entre marchands; les bin hirja sont d'une espèce plus mauvaise qui n'ont pas cours entre marchands. Les satoukas et les arziz sont plus mauvaises encore: le bas métal y domine. Le miskal vaut vingt karas, le karas cinq grains; dix drachmes doivent peser 7 miskal. Hedaya, p. 433, note 10.

satoukas. Hanifa soutient au contraire que la déclaration que les drachmes dues sont des zaïfs équivaut à une rétractation de l'aveu, car on doit supposer qu'on a fait usage de drachmes de bonne qualité, or les zaïfs sont des drachmes de qualité inférieure. Les disciples d'Hanifa font remarquer que l'on admettrait l'affirmation du moukir disant : « Je dois mille drachmes de telle espèce que dix d'entre elles pèsent cinq miskal » ; mais à cela Hanifa réplique que dans ce cas le mot drachme peut être légitimement employé, on ne fait ensuite que déterminer leur qualité tandis que dans le cas où le moukir dit : « Ce sont des zaïfs », cela ne doit pas être admis, car les zaïfs ne sont pas de véritables drachmes, et ne sont pas compris dans le mot drachme.

Khalil admet que la déclaration du moukir que les drachmes sont de mauvaise qualité est acceptée si elle est immédiate (1) ; chez les Chaféïs, la spécification doit être immédiate, sauf si les drachmes de qualité inférieure sont en usage dans le pays (2).

Hanifa n'admet pas, avons-nous vu, que le moukir déclare que les drachmes sont des zaïfs ; en outre des arguments dont nous avons parlé, il invoque celui-ci : dans le commerce, on se sert de bonne monnaie, on ne peut dire, sans preuve, que dans un cas particulier on s'est servi de mauvaise.

1. Khalil Perron, IV, 226.

2. Minhadj, II, 82

Mais si le défendeur déclare devoir mille drachmes zaïfs ou bin hirjas, en disant que ces drachmes lui ont été confiées en dépôt, ou qu'il en a usé sans permission (ghesbe), on le croira « parce que, dit l'auteur de « la « Hedaya », bien des gens usent injustement de tout « ce qui leur tombe sous la main, ou mettent en dépôt « tout ce qu'ils ont ». Certains auteurs disent que dans ces circonstances la rectification ou précision peut ne pas suivre immédiatement l'aveu ; mais si le moukir disait que les drachmes sont des satoukas, il faudrait une modification immédiate (1).

Si la cause de la dette n'était pas exprimée par le moukir, certains auteurs admettent le dire du moukir que les drachmes sont des zaïfs ; Hanifa est d'avis contraire parce que, selon lui, on doit supposer à la dette une cause honnête telle qu'un prêt, plutôt qu'une malhonnête telle qu'un ghesbe (2).

Le différend s'élèvera aussi bien à propos d'un autre objet que des pièces de monnaie, par exemple le défendeur avoue une mesure de froment ; il soutient ensuite que le froment est de qualité inférieure, le mouker lo affirme que le froment est de la meilleure qualité, on s'en rapportera au dire du moukir (3).

En somme, l'opinion d'Hanifa mise à part pour la détermination des drachmes dues, c'est au moukir

1. Hedaya, 434.

2. Hedaya, 433.

3. Hedaya, 433.

qu'il appartient de désigner la qualité de l'objet avoué.

Lorsque le moukir a déterminé l'objet de l'aveu d'une manière plus précise, le mouker lo qui soutient que la détermination a été faite de mauvaise foi, doit le prouver, mais faute de preuve il peut obliger le moukir à jurer qu'il a spécifié honnêtement l'objet de l'aveu (1).

Dans le cas où ce serait à la déclaration du mouker lo qu'on devrait se référer, le mouker lo aurait aussi à jurer que ce qu'il dit est la vérité (2).

Quand le moukir a fait un aveu vague, il doit déterminer d'une façon précise l'objet de l'aveu, le créancier a le droit de l'y contraindre en le faisant mettre en prison. Ceci semble aller à l'encontre de ce que nous avons dit plus haut, à savoir que l'aveu doit être fait librement ; mais il faut remarquer que la contrainte n'est pas exercée pour faire avouer, mais seulement pour déterminer l'objet d'un aveu qui lui-même a été prononcé sans violence (3).

SECTION VI. — *Divisibilité de l'aveu.*

La question de la divisibilité de l'aveu ne se trouve pas indiquée sous cette rubrique chez les auteurs

1. Khalil Perron, IV, 283 ; Seignette, 731 ; Minhadj, II, 85.

2. Khalil Perron, IV, 278 ; Seignette, 728.

3. Minhadj, II, 85 ; Hedaya, 428.

musulmans, qui l'exposent indirectement, en étudiant les cas où l'on prête foi au dire du moukir modifiant sa déclaration, et ceux où la rétractation n'est pas admise. M. Zeys, prenant l'exemple que nous avons déjà rencontré de l'aveu conçu en ces termes : « Je dois mille à un tel, mais c'est le prix de telle quantité de vin », prétend que la raison alléguée par les auteurs musulmans qu'il y a là en quelque sorte une rétractation impossible n'est pas la bonne, il écrit : « Ce motif me paraît peu juridique, et j'en propose un autre fondé sur les principes mêmes du droit musulman. Que fait celui qui attribue à la convention une cause illicite ? Il allègue sa propre turpitude et ne doit pas être cru (1). » Mais le motif proposé par M. Zeys ne peut lui servir dans les autres hypothèses et il doit en revenir à cette considération que le moukir énonce deux propositions contradictoires, la seconde n'est point admise, s'il n'en fait pas la preuve.

Dans la réponse faite par le défendeur au demandeur qui lui réclame une certaine somme : « Je vous ai payé », le moukir avoue d'abord une obligation — pour qu'il y ait eu paiement, il faut qu'une dette ait existé — puis il affirme un fait extincteur de l'obligation, il devient demandeur, c'est à lui d'établir qu'il a payé (2).

1. Zeys, II, § 434.

2. Khalil Perron, IV 275 ; Seignette, 725 ; Minhadj, II, 78 et 86.

De même le moukir est tenu de payer mille drachmes s'il dit : « Je dois mille drachmes à un tel pour un esclave mais l'esclave ne m'a pas été livré », parce qu'une telle assertion « est une rétractation de sa reconnaissance, pour cette raison qu'en reconnaissant devoir mille drachmes, il assume l'obligation de payer cette somme, et le fait qu'il affirme ne pas avoir reçu l'esclave est contraire à son obligation (1). »

Dans l'hypothèse, voisine au premier abord, où le moukir a dit : « Je reconnais avoir acheté tel objet à cette personne, mais elle ne me l'a point livré » ou accepte la rectification parce qu'il « a simplement reconnu un contrat de vente et qu'une reconnaissance de vente n'est pas un aveu qu'on a reçu l'objet, la livraison de l'objet ne suivant pas nécessairement la conclusion de la vente » (2), il n'y a pas ici contradiction entre les deux parties de l'aveu.

Dans cet autre exemple où Saïd a dit à Omar : « Je vous ai pris un millier de drachmes en dépôt, et elles sont perdues » et où Omar réplique : « Non, vous les avez prises par voie de ghesbe », Saïd est responsable de la perte, il y a division de son aveu. Si Saïd avait dit : « Vous m'avez donné mille drachmes en dépôt et elles sont perdues » et qu'Omar répliquât : « Non, vous

1. Hedaya, 431.

2. Hedaya, 432.

les teniez par voie de ghesbe », Saïd ne serait pas responsable de la perte. Ici l'aveu est indivisible.

Pourquoi cette différence ? « Saïd dans le premier
« cas reconnaît d'abord une cause de responsabilité :
« avoir pris ; en second lieu il invoque une exception
« d'irresponsabilité en disant qu'il avait les drachmes
« en dépôt. Un dépôt implique le consentement du
« déposant, Omar déclare ne pas avoir consenti, il
« est défendeur, son dire fait foi sous serment. Dans
« le second cas Saïd ne fait pas un aveu entraînant
« pour lui responsabilité ; en usant du terme « don-
« ner » il se réfère à l'action d'Omar et non à la sienne
« propre, or nul n'est sujet à responsabilité du chef
« d'un autre. Omar affirme une cause de responsabi-
« lité à la charge de Saïd, Saïd dénie, il est défen-
« deur et sera cru sous serment (1). »

Nous voyons que l'auteur de la « Hedaya » attache une grande importance aux termes, mais l'idée qui se dégage est que, lorsque le défendeur a avoué une cause d'obligation qu'il dénie par la suite, sa dénégation est une rétractation impossible, le défendeur devient demandeur, car au fond il affirme un fait nouveau.

Dans certains cas l'aveu paraît indivisible, mais cette indivisibilité n'est qu'apparente. Le demandeur réclame une certaine somme à titre de prêt, le défen-

1. Hedaya, 434.

deur dit : « Je la dois à titre de dépôt », on le croira, il ne sera pas responsable en cas de perte ; il reste défendeur, il n'a jamais admis le dire du demandeur dans aucune partie de son aveu ; le demandeur veut établir une cause de responsabilité en soutenant qu'il y avait prêt et non dépôt, il reste demandeur (1).

De même, selon certains auteurs, il y a indivision ou, pour mieux dire, il n'y a pas rétractation, lorsque le défendeur reconnaît une somme comme prix d'un achat, mais soutient qu'il y a un terme pour le paiement du prix, si ce terme est raisonnable ; le moukir a avoué une dette à terme, ce qui est moins qu'une dette sans terme, or, dit Ibn Roushd : « Nul ne peut être tenu au delà de ce qu'il a avoué (2). »

Remarquons que Khalil n'admet pas l'indivision si le moukir a dit : « Je dois telle somme à telle date, somme qui m'a été prêtée » (3), la cause de la dette ici est un prêt et non une vente.

L'aveu étant divisible, il y a un grand danger à avouer, lorsqu'on se défie de la bonne foi de son adversaire dont on admet une partie des prétentions, car cet adversaire devenant défendeur n'aura qu'à prêter serment à l'appui de sa prétention. Nous avons vu cependant, d'après des exemples tirés de la « Hedaya », que le choix des termes de l'aveu pourrait dans

1. Hedaya, 435.

2. Khalil Perron, IV, 281 ; Seignette, 730.

3. Miyar, II, 78.

une certaine mesure éviter cet effet néfaste. Nawawi donne un exemple de combinaisons de paroles que peut prononcer le défendeur pour éviter la division de son aveu, tout en ne disant que la vérité : Le détenteur d'un objet remis par le propriétaire en exécution d'un contrat de gage ou de location, à qui le propriétaire réclame l'objet, pourrait sans danger avouer que le demandeur est propriétaire, si lui défendeur pouvait établir le contrat de gage ou de louage. Mais s'il n'a pas la preuve du gage ou de la location, il s'expose à être condamné à la restitution immédiate. Il répondra au propriétaire : « Je ne suis pas obligé de vous remettre cet objet », ou : « Si vous « me revendiquez cet objet, parce que vous en êtes « propriétaire et rien de plus, je n'ai pas besoin de « vous le remettre, et si vous le réclamez à titre de « gage ou d'objet loué, dites-le afin que je puisse vous « répondre (1). »

SECTION VII. — *Effet personnel de l'aveu
contre le moukir.*

L'aveu ne lie que son auteur, c'est une preuve intransitive, selon Ibrahim Halebi (2). Sa force obligatoire vient de ce qu'une personne ne reconnaîtra pas

1. Minhadj, III, 432.

2. Ibrahim Halebi, dans Sauvaire, 52.

sans cause un droit d'autrui sur ses biens (1), mais on ne peut engager un autre que soi-même.

Ainsi un individu meurt laissant deux enfants dont la filiation est établie. Un de ces enfants reconnaît qu'une personne est son frère, ce qui ferait que le défunt aurait laissé trois fils. L'autre fils ne reconnaît pas la personne comme son frère, sa part héréditaire dans la succession de son père ne sera pas diminuée au profit du frère prétendu. Le fils qui a reconnu la personne comme son frère devra partager avec lui la succession de leur père, il sera obligé de lui faire une part sur sa propre part. Il devra lui donner la moitié de sa part selon Hanifa, un tiers selon Malek et Hambal. Chaféi n'accorde rien à ce prétendu frère s'il n'a pas d'autre preuve que le seul aveu d'un des fils du défunt.

Lorsqu'un des héritiers d'une personne décédée avoue une dette du défunt et que l'autre nie, celui qui nie ne devra rien, celui qui avoue payera toute la dette selon Hanifa, la moitié de la dette d'après les Imams des autres rites (2).

Si le débiteur principal avoue plus que la caution n'a avoué, la différence entre la somme avouée par la caution et celle déclarée par le débiteur

1. Hedaya, 427.

2. Charani, Balance, 338, 339; Tlemsaniya, v. 426 et 450; Minhadj, II, 92; Hedaya, 440; Khalil Perron, VI, 415.

principal ne pourra être réclamée à la caution (1).

Si un maître avoue que son esclave a commis un vol, l'esclave ne subit pas la mutilation (2).

Si un individu s'avoue coupable d'un meurtre, son akila n'est point responsable du prix du sang (3).

Cependant la règle présente des exceptions : l'aveu du tuteur d'une femme fait preuve du mariage contre cette femme, s'il avait le droit de marier la femme ; si le consentement de la femme était nécessaire lors du prétendu mariage, il ne ferait pas preuve (4).

1. Ibrahim Halebi, dans Sauvaire, 91.

2. Khalil Perron, VI, 88.

3. M. B. Vincent, 82.

4. Minhadj, II, 321.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

Le moukir doit être majeur, sain d'esprit, avoir la capacité de disposer de ses biens. L'aveu du « mineur autorisé » est nul, sauf s'il a pour objet un acte que le mineur peut faire, par exemple un legs ; l'aveu de l'interdit est nul en ce qui concerne la propriété ; l'aveu de l'esclave n'est pas valide sauf s'il est autorisé et s'il a trait au commerce qu'il fait, le maître n'est tenu que jusqu'à concurrence des biens confiés à l'esclave.

L'aveu de l'imbécile ou de l'homme ivre est nul.

L'aveu fait par le malade n'est valable que dans l'étendue du tiers des biens disponibles, sauf si l'obligation peut être autrement établie (1).

Le mouker lo doit être capable de posséder : l'aveu fait en faveur d'un esclave profite à son maître ; l'aveu fait en faveur d'un animal est nul, sauf si l'animal

1. Querry, II, 161.

n'est mentionné que comme cause de l'obligation avouée, dans ce dernier cas l'aveu profite au maître (1).

L'aveu fait en faveur d'un enfant déjà conçu, mais encore à naître, est valide soit qu'on le fasse sans indiquer la cause, soit en la déterminant. El Mohek-kik pense que l'aveu reste valable même si la cause alléguée était impossible, car l'énoncé du motif ne saurait détruire l'efficacité d'un aveu valide à l'origine (2).

L'aveu du coupable de fornication ou d'adultère doit être répété quatre fois en quatre séances différentes ; le cheik Toussi déclare cependant que les quatre aveux peuvent être faits en une seule séance ; il faut aussi quatre aveux pour le crime de sodomie, il faut deux aveux pour le vol ou l'usage de vin, deux ou quatre, selon les docteurs, pour le viol de cadavre, un seul pour le crime d'onanisme et de bestialité. L'aveu d'un vol fait une seule fois entraîne condamnation à la restitution (3).

L'aveu d'un individu qui a déclaré avoir copulé avec sa tante ou avec un animal n'entraîne pas la peine prononcée pour la fornication ou la bestialité dans le cas où il n'a pas été fait devant le juge et où il n'est affirmé que par deux témoins ; il n'aura alors pour conséquence que d'empêcher le mariage entre

1. Querry, II, 162.

2. Querry, II, 162, 163.

3. Querry, II, 486, 497, 519, 534 à 536.

la tante et le neveu et faire interdire la consommation de la viande de l'animal (1).

L'aveu fait sans qu'il y ait eu poursuite judiciaire semble ne pas être valable (2).

L'aveu, comme en droit sunnite, peut être formel, douteux, résulter de la réponse d'une personne interpellée.

Sous cette dernière forme il est valide lorsque la personne interpellée par quelqu'un qui lui réclame de l'argent par exemple, réplique : « Je vous l'ai rendu » mais une réponse ironique n'est pas un aveu : « Pesez la somme (3) ? »

L'aveu ne résulte pas d'une proposition de transaction (4).

Il peut être fait en une langue quelconque.

L'aveu subordonné à une condition ou à un terme est nul ; s'il est subordonné à la confirmation d'une personne dont la bonne foi est reconnue par le moukir, il est valide immédiatement même si la personne ne le confirme pas (5).

L'aveu doit être vraisemblable ; lorsqu'un individu fait un aveu de paternité, il doit y avoir une différence d'âge assez grande entre lui et la personne

1. Querry, II, 471 (*sic*).

2. Querry, II, 400.

3. Querry, II, 158.

4. Querry, I, 489.

5. Querry, II, 150.

reconnue pour que la paternité du moukir vis-à-vis de la personne soit possible (1).

L'aveu d'un mineur qui se déclare pubère n'est pris en considération que si l'individu a atteint l'âge où la puberté peut être présumée (2).

II

L'aveu est rétractable en matière criminelle, lorsque le crime avoué entraîne lapidation du coupable ; sinon il ne l'est point, en particulier lorsqu'on a fait par deux fois l'aveu d'un vol, on ne peut se rétracter ; si on avait fait un seul aveu, on serait à temps pour revenir sur sa déclaration (3).

En cas de condamnation à la lapidation par suite des aveux, le coupable ne sera point mis à mort si, après qu'il a été arrêté pour subir le supplice, il est parvenu à s'enfuir ; quelques légistes, au dire d'El Mohekkik, exigent, pour que la rétractation par la fuite soit possible, qu'il y ait eu commencement d'exécution, c'est-à-dire que le coupable ait été atteint au moins par une pierre (4).

La règle générale, comme en droit sunnite, est

1. Querry, II, 166.

2. Querry, II, 162.

3. Querry, II, 486, 519, 520.

4. Querry, II, 493.

que l'aveu n'est pas rétractable ; de même qu'en droit sunnite si l'on fait un aveu au profit d'une personne, puisqu'on se rétracte en le faisant au profit d'une autre : « Telle chose est à un tel, non, à un tel », on doit au premier mouker la chose, au second sa valeur. Il n'en serait pas de même si l'on avait dit : « J'ai pris, à un tel, telle chose qui est la propriété de telle personne », on ne devra restitution qu'à la première (1).

L'aveu peut contenir des exceptions ; une exception n'est admise que si elle a pour objet une chose de même nature que l'objet avoué ou si c'est une partie de l'objet de l'aveu.

Elle ne doit pas porter sur la totalité de l'objet de l'aveu, mais peut en comprendre la plus grande partie (2). On peut avouer une bague moins un chaton, cinq drachmes moins deux drachmes (3).

El Mohekkik donne lui aussi une assez grande variété de combinaisons que l'on peut employer pour avouer une dette d'argent : « Dix drachmes, moins cinq, moins trois » équivaut à « huit drachmes » ; nous n'insisterons pas, le traducteur nous fait remarquer que ce sont là des façons de compter utilisées par les paysans et les femmes (4).

1. Query, II, 164.

2. Query, II, 158.

3. Query, II, 160, 159.

4. Query, II, 151, note 1

Un aveu, quoique formel, aura parfois besoin d'être précisé : on avoue des drachmes, et il y en a plusieurs ayant cours, dans le pays, le moukir devra dire quelle est l'espèce de ces drachmes. Le moukir a avoué une chose placée dans un contenant, il ne doit que le contenu (1).

L'aveu douteux doit *a fortiori* être déterminé par le moukir : On avoue devoir une valeur, il faudra que le moukir spécifie quelle est cette valeur ; on s'en tiendra à son dire s'il indique une chose ayant une valeur intrinsèque, fût-elle infime ; on ne croira pas le moukir déclarant que cette valeur est « une écorce d'amande », cet objet étant dépourvu de valeur, ou un « porc », car cet animal ne peut être possédé par le mouker lo si celui-ci est musulman. Si on avait avoué « une chose quelconque », on pourrait se libérer en fournissant une substance impure. Si on avait reconnu devoir « une chose importante », on pourrait se contenter de donner une chose infime (2).

La rectification d'un aveu doit être immédiate ; si l'on avoue des pièces de monnaie en ajoutant que ce sont des monnaies rognées, il faut que le qualificatif suive immédiatement le substantif « pièces » ; on ne pourrait, après avoir avoué des pièces de monnaie, revenir ensuite sur son aveu et dire : « Les pièces

1. Querry, II, 151.

2. Querry, II, 153, 154.

étaient rognées. J'ai avoué dix, je ne dois que neuf. »

Le moukir ne sera pas cru si le contexte de son aveu est contradictoire, si on dit : « J'avoue avoir en ma possession à titre de dépôt telle chose, mais elle a péri », il y a ici une contradiction, on dit que la chose a péri alors qu'on a affirmé l'avoir en sa possession, l'aveu sera divisé contre le moukir ; il n'y aurait pas division si les deux parties de l'aveu n'étaient pas contradictoires : « J'ai eu en ma possession telle chose à titre de dépôt, elle a péri (1). »

L'aveu doit être fait librement, mais on pourra incarcérer et priver de nourriture le moukir, lorsque, ayant fait un aveu vague, il ne veut pas le préciser. El Toussi est d'avis que dans ce cas on déférera le serment au mouker lo qui déterminera le montant de l'aveu.

RITE ABADI

L'aveu est divisible, il n'est rétractable que si l'on fait la preuve qu'on a commis une erreur en avouant, ou si l'on prouve qu'on a avoué par suite d'une contrainte.

L'aveu doit être fait librement. Dans le kanoun d'El Ateuf, il est bien question d'une contrainte exer-

1. Querry, II, 156, 158.

cée contre l'accusé d'un crime pour le faire avouer (1), mais l'accusé peut se disculper en jurant qu'il est innocent.

L'aveu peut contenir des exceptions comme en droit sunnite, on peut avouer une bague moins le chaton par exemple.

L'aveu ne doit pas déguiser une fraude. Ainsi l'aveu fait par un malade n'est pas toujours valable. Il est valable si la maladie a été longue, il ne l'est pas si la mort a été rapide. Dans le premier cas le moukir ne doit pas être nécessairement soupçonné de vouloir dépouiller ses héritiers, il peut être obligé de faire un aveu pour les besoins de ses intérêts, dans le second cas l'aveu paraît être un legs déguisé.

Dans le dernier cas l'aveu n'est exécutoire que jusqu'à concurrence du tiers disponible ; tandis que lorsque l'aveu n'est pas suspect, il est valable pour le tout.

Lorsque le malade a des héritiers et qu'il fait un aveu au profit d'un étranger, il doit jurer que réellement il devait ce qu'il a avoué.

L'aveu fait par le mari malade au profit d'une femme est valable, lorsque le moukir a voulu par son aveu reconstituer à la femme sa fortune qu'il avait dilapidée.

Le mouker lo est un créancier ordinaire. Il est

1. M. Morand, Kanouns de Mzab, 33, 34 et dans *Droit Musulman Algérien*, 448.

payé sur le même pied que les créanciers dont les droits sont établis autrement que par un aveu (1).

Les Abadis ont considéré qu'un individu pouvait préjudicier aux droits de ses héritiers non seulement en faisant un aveu d'une dette au profit d'un étranger, mais encore en reconnaissant cet étranger comme son héritier. L'aveu de parenté qui est possible lorsque le moukir n'a pas d'héritier n'est pas valable lorsque le moukir a un aceb ou un héritier à réserve (2).

L'aveu n'a d'effet que contre son auteur, lorsqu'un individu avoue l'existence d'un cohéritier, il ne porte pas atteinte aux droits des autres cohéritiers; il devra abandonner à celui qu'il a reconnu comme cohéritier le tiers de sa part héréditaire (3).

1. Nous devons ces renseignements sur l'aveu du malade au cheik Athfiech.

2. Zeys: *Le Nil*, chapitre des « Successions », nos 174 et 176.

3. Zeys: *Le Nil*, chapitre des « Successions », nos 178 et 179.

CHAPITRE II

Le témoignage, *Schehadet*

SECTION I. — *Définition, caractères.*

Khalil définit le témoignage : « Une déclaration
« qui, entendue du juge, l'oblige de juger conformé-
« ment au sens qu'elle exprime, pourvu que le té-
« moin qui l'a énoncée soit un homme de droiture et
« de probité, qu'il ne soit pas seul déposant, ou bien
« qu'étant seul, celui qui l'a appelé en témoignage
« jure avec lui (1). »

La dernière partie de la définition visant le témoi-
gnage d'un seul, doit être écartée pour l'instant, nous
l'examinerons en étudiant le serment; disons qu'elle
n'est point acceptée par tous les rites.

Il convient de remarquer que la définition de Kha-
lil n'est point complète, une déclaration, pour être

1. Khalil Perron, V, 193. Nous ferons observer que la traduction
dit : « jure avec lui », cela laisse croire que le témoin jure, il n'en est
rien. Cela signifie qu'en plus du témoignage unique, il faut le serment
du demandeur.

Ibn Arfa dans Khalil Seignette, p. 463.

un témoignage, doit commencer par le terme « j'atteste » (1), le témoignage, est une attestation. La nécessité de cette formule est un des éléments de la validité du témoignage que nous étudierons plus bas.

Le témoignage, comme l'aveu, est une déclaration, mais il en diffère en ce que l'aveu est la reconnaissance d'un droit contre celui qui fait cette déclaration, tandis que le témoignage « est la déclaration qu'un autre a un droit contre une tierce personne » (2). Le témoignage, au contraire de l'aveu, n'implique aucune idée d'utilité pour celui qui le fait (3). « Le témoignage judiciaire est un des actes les plus religieux et les plus importants, puisqu'il a pour objet de constater la vérité d'un fait, et par là, le droit du prochain (4). »

Étant donné le grand rôle de ce mode de preuve en droit musulman, on comprend l'importance attachée par le législateur à tout ce qui y touche. Nous verrons que c'est un devoir de témoigner, mais comme corollaire, que le faux témoin est puni; nous verrons surtout avec quelle minutie de détails ont été énumérées les qualités que doit remplir le témoin, nous verrons enfin que la loi a prescrit de protéger celui qui témoigne, le besoin de cette protection s'est

1. Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 69.

2. Fath al Qarib, 363.

3. Khalil Perron, IV, 266.

4. Ohsson, VI, 214, 215.

surtout fait sentir au moment où le cours de la justice était assez peu respecté.

Tout d'abord l'obligation de témoigner nous apparaît avec le caractère d'un devoir social, il importe de ne pas laisser succomber le bon droit, il faut témoigner même contre ceux qui vous sont chers.

« O croyants ! dit le Coran, soyez stricts observateurs de la justice quand vous témoignez devant Dieu, dussiez-vous témoigner contre vous-même, contre vos parents, contre vos proches, vis-à-vis du riche ou du pauvre. Dieu est plus près que vous du riche et du pauvre. Si vous refusez votre témoignage, si vous vous abstenez, sachez que Dieu est instruit de ce que vous faites (1). »

Il y a donc là un devoir auquel on ne saurait échapper ; mais pour que l'obligation existe, il faut qu'on ait été requis de venir devant le cadi faire la déclaration (2).

Nous reviendrons sur ce point en parlant de la validité du témoignage.

Ce devoir est un devoir « farz », dit la « Hedaya », il n'existe qu'à la condition, que d'autres ne l'aient pas déjà rempli. Lorsqu'un individu veut préconstituer des témoins, les deux premières personnes requises

1. Coran, sourate IV, verset 134 et II, 382.

2. Hedaya, p. 353 ; Khalil Perron, V, 262 ; Seignette, 1591 ; Ohsson, IV, 216 ; Omar bey Loufty, 1^{re} fasc., 70 ; El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 213.

doivent le satisfaire, la deuxième ne pourrait lui opposer qu'un seul témoin pourrait faire preuve avec serment supplétoire (1).

Même l'individu de mauvaises mœurs peut s'engager à témoigner car il peut se corriger d'ici le jour de sa déposition (2). Par contre, s'il est indigne au jour de la déposition, il doit s'abstenir (3).

Une autre condition pour que le devoir existe est que la distance entre l'endroit où réside celui dont on veut obtenir témoignage et le lieu où siège le cadi ne soit pas trop forte.

Cette distance est de deux berids (deux postes, environ 80 kilomètres). Au delà le témoin pourra déposer devant le cadi du pays où il se trouve, cadi auquel le cadi siégeant dans l'affaire enverra une commission rogatoire; ou bien le témoin chargera d'autres personnes de rapporter son témoignage (4).

La distance permettant de ne pas se transporter est, selon d'autres auteurs, celle permettant d'abrégier la prière (5).

Le témoin empêché par la maladie sera de même dispensé. Nous retrouverons d'ailleurs ces questions

1. Hedaya, 353 ; Minhadj, III, 415.

2. Khalil Perron, V, 263 ; Seignette, 1593.

3. Minhadj, III, 416.

4. Khalil Perron, V, 263, 265 ; Seignette, 1593, 1596.

5. Minhadj, III, 416.

au paragraphe du témoignage rapporté. Cette obligation doit être remplie gratuitement, le témoin n'a pas droit en principe à une indemnité pour son déplacement. Mais si le témoin se trouve au delà de la distance qui dispense de venir témoigner et s'il consent à se déranger, il a le droit à une indemnité pour son déplacement (1), sinon toute indemnité, tout profit retiré autre que le moyen de transport, si le témoin ne possède pas de monture, est une cause de récusation du témoin (2).

Le devoir de venir témoigner souffre cependant des exceptions. Dans certains cas, le témoin devra s'y refuser, dans d'autres il aura la faculté de taire ce qu'il sait ou de le révéler. Il devra s'abstenir, lorsque son témoignage devrait aider à commettre une injustice, le Prophète ayant été pris à témoin par un homme qui voulait faire un acte injuste, répondit : « Je ne témoigne pas d'une injustice (3). »

Dans d'autres circonstances, le témoin d'un fait pourra ne pas déposer et cela par humanité, ce sont les cas où il s'agit d'infliger au coupable une punition corporelle, le témoin serait alors tiraillé par deux obligations : témoigner, ne pas incriminer son semblable. Cette deuxième obligation a paru préférable :

1. Khalil Perron, V, 264, 265 ; Seignette, 1596.

2. Khalil Perron, V, 263, 264 ; Seignette, 1595.

3. El. Bokhari, Houdas et Marçais, II, 212 et 213.

« Quiconque cache le vice de son frère musulman, « aura un voile jeté par Dieu sur son propre crime « dans ce monde et dans l'autre », a dit le Prophète (1).

Mais comme l'abstention du témoin pourrait nuire à autrui, par exemple en cas de vol, à la victime, le témoin dira qu'un tel a pris et non a volé telle chose, et ainsi les intérêts opposés seront sauvegardés, il y aura restitution de l'objet volé et non pas application de la peine corporelle (2).

Une autre limitation au devoir de témoigner résulte de l'impossibilité de faire renouveler dans certains cas un témoignage déjà donné : « Quand un « témoignage a été donné, celui qui l'a obtenu ne peut « pas sur sa demande le faire renouveler. » Cela s'applique dans la circonstance suivante : Un individu invoque une créance, il dit avoir perdu son titre signé de deux témoins et voudrait que ce titre soit rétabli, le témoignage ne sera pas renouvelé, de crainte que la personne ait menti et se procure un second titre, se donnant ainsi la possibilité d'exiger deux fois le montant de sa créance (3).

S'il y a obligation de témoigner, on ne doit le faire que pour dire la vérité ; des peines seront prononcées contre les faux témoins et de plus ceux-ci encourront des responsabilités pécuniaires. « O vous, qui

1. Hedaya, 353 ; Ohsson, VI, 216 ; Khalil Perron, 237 ; Miyar, I, 308.

2. Hedaya, 353.

3. Tohfât, 124, et note 78 des traducteurs.

« croyez ! soyez fermes et justes témoins devant
« Dieu, que la haine ne vous entraîne point à vous
« écarter de la droite ligne. Soyez justes ; la justice
« tient de près à la piété. Craignez Dieu, parce qu'il
« connaît vos actions (1). » Le Prophète, selon Abou
Bekra, rangeait le faux témoignage au nombre des
trois grands péchés (2). Par contre des récompenses
attendent ceux qui n'altèrent pas la vérité (3). Cepen-
dant il y a un cas où le faux témoignage est permis :
le Prophète aurait dit : que celui qui mentait pour
réconcilier les gens n'était pas un menteur, car il
provoquait un bien (4).

Pour obtenir la sincérité du témoignage, il faut
naturellement assurer au témoin une certaine pro-
tection. « Ne faites pas violence au témoin, si vous
« le faites, vous commettez un crime » (5) ; de là l'obli-
gation pour le cadi de faire respecter le témoin, et
de frapper d'une peine celui qui l'injurierait, sauf si
l'injure venait d'un homme bien élevé qui se serait
oublié un instant (6).

1. Coran, sourate V, v. 11.

2. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 214.

3. Coran, sourate XXV, v. 73 et 75.

4. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 233.

5. Coran, sourate II, v. 282.

6. Tohfat, 48-49 ; Khalil Perron, V, 147 ; Seignette, 1399.

SECTION II. — *Honorabilité du témoin.*

« Ce n'est pas sans raison, dit Omar bey Loufty, « que la preuve testimoniale occupe le premier rang « parmi les modes de preuve. Le législateur l'a en- « tourée de garanties telles qu'elles assurent sa force « probante (1). » Envisageant que de la valeur morale du témoin dépend la confiance que l'on doit accorder à sa déclaration, il s'est préoccupé de déterminer les qualités du témoin pour que les dires de celui-ci puissent jouir du crédit suffisant.

Avant tout, le témoin doit être honorable (2). Pour être honorable il faut être musulman ; de l'avis général, le non-musulman est incapable de témoigner contre des musulmans. Le Coran exige cette condition (3). L'hérétique est incapable d'être témoin, les Chaféites excluent à ce titre les adeptes de la secte Khattabia parce que ceux-ci permettent de témoigner d'après la déclaration faite par le créancier qu'il lui est dû ; mais, si un Khattabien avait vu le prêt, il pourrait témoigner (4). Selon Charani, Hanifa et Chaféi accep-

1. Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 70.

2. Tohfât, 101, 102, 103 ; Hedaya, 355 ; El Bokhari, Houdas et Margais, II, 209.

3. Coran, sourate II, v. 282 ; sourate LXV, v. 2 ; Ohsson, VI, 226 ; Minhadj, III, 400.

4. Fath al Qarib, 703.

taient le témoignage des hommes à théories religieuses excentriques, des hétérodoxes s'ils n'étaient point menteurs; mais les Khattabiens étaient exclus parce qu'ils permettaient de donner de faux témoignages contre les gens étrangers à leur secte (1).

Malek et Amed ibn Hambal n'acceptent pas le témoignage des hérétiques (2).

Cependant malgré la remarque de Charani, les Chaféïs n'accepteraient pas le témoignage des non-sunnites, à l'exception des Chiïtes, disant qu'ils ne sauraient être justes (3).

Il ne suffit pas d'être musulman, il faut pratiquer sa religion et remplir ses devoirs religieux (4). Le témoignage d'une personne qui publiquement se récrie contre les compagnons du Prophète et leurs disciples n'est pas admis (5); de même est exclu le témoignage de celui qui manque de respect à la religion, ainsi l'acklif (6) (qui est admis s'il n'a pas été circoncis par suite de son âge avancé ou pour une autre raison valable) est exclu, s'il a omis de se faire circoncire par mépris de la religion (7).

1. Charani, Balance, 449; Hedaya, 361, 362; Khattabiens: sectaires qui prirent le nom d'Abou Khattab de la tribu des Abassides.

2. Charani, Balance, 449; Khalil Perron, V, 194; Miyar, II, 324.

3. Hedaya, 362.

4. Hedaya, 361; Charani, Balance, 449; Ohsson, VI, 224.

5. Hedaya, 362.

6. Non circoncis.

7. Hedaya, 363; Khalil Perron, V, 227; Seignette, 1546.

Nous examinerons la question de l'admissibilité de gens de religions différentes en étudiant l'initié.

Le non-musulman ne peut donc témoigner contre le musulman, mais il le peut lorsque le musulman ne figure pas au procès en son nom propre mais comme mandataire d'un étranger à l'islamisme (1).

Ce n'est pas là une véritable exception ; mais il y en a de réelles. Le non musulman sera admis à prouver la naissance d'un musulman, sa nomination comme exécuteur testamentaire ou son droit à une succession saisie par le fisc (2).

En matière de testament, le témoignage du non musulman paraît admis par un verset du Coran : « O « croyants ! les témoignages entre vous, lorsque quel-
« qu'un d'entre vous se trouvera à l'article de la mort
« et voudra faire un testament, se feront ainsi : Pre-
« nez deux personnes droites parmi vous ou parmi
« d'autres si vous êtes sur quelque point éloigné du
« pays et que la calamité de la mort vous sur-
« prenne... (3) »

Il semble donc que deux infidèles peuvent être témoins d'un testament, tout au moins en cas de mort rapide ou survenant en pays étranger. Cependant on a souvent interprété les mots « parmi vous ou parmi d'autres » comme désignant d'une part « des

1 et 2. Ohsson, VI, 226.

3. Coran, sourate V, v. 105.

musulmans parents du testateur », d'autre part « des musulmans non parents » (1).

M. Peltier pense au contraire que le Coran envisage d'une part des « musulmans », d'autre part des « infidèles » gens du Livre, seulement on fera prêter serment aux infidèles, tandis que les témoins musulmans ne jurent pas (2). « On ne voit pas du tout, » dit-il, pourquoi le testament devrait être prouvé de « préférence par des proches du testateur plutôt que « par des témoins capables quelconques. Il est certain que le Coran veut désigner, dans ce passage, « les témoins « de droit commun », les témoins musulmans. Voici, croyons-nous, ce qui a amené quelques interprètes à admettre pour ces mots un sens « restrictif et particulier. Notre verset admet ensuite, « sous certaines conditions et par faveur pour le testament, le témoignage des infidèles. Or, on en est « venu à considérer que cette disposition exceptionnelle avait été abrogée par le verset 282, sourate II. « Dès lors, tout l'ensemble des dispositions des versets 105, 106, 107 tombait, si l'on ne trouvait un « sens nouveau aux expressions « témoins pris parmi « vous, témoins pris en dehors de vous ». Et c'est « ainsi que quelques interprètes en sont venus à « cette idée singulière et très contraire au sens du

1. Coran, trad. Kasimirski, p. 98, note 2.

2. Coran, V, 105. Fr. Peltier Cahih d'El Bokhari, p. 84, note 2.

« Coran, que la première expression voulait dire « té-
« moins pris parmi vos proches », et la seconde « té-
« moins musulmans pris en dehors de vos pro-
« ches » (1). »

Nous verrons que chez les Chiites le témoignage des infidèles est admis pour les testaments.

Il semblerait qu'une autre exception existe en matière de mariage et que les témoins puissent, en rite hanéfi, être dans ce cas : « Aveugles, irreligieux, descendants des conjoints ou de l'un d'eux (2). » Cette exception n'existe que pour les témoins requis *ad solemnitatem* ; pour prouver le mariage en cas de contestation, il faudra « deux témoins capables de déposer en justice et connus par leur honorabilité » (3) ; dans le cas de mariage d'un musulman avec une chrétienne ou une juive, les témoins chrétiens ou juifs ne prouvent le mariage que si c'est la femme qui le dénie, alors que l'homme l'affirme.

Si la qualité de musulman est exigée pour qu'un homme soit honorable, elle est loin d'être la seule ; il faut qu'il soit juste, quoique Abou Youçof ait, au dire de certains, soutenu que celui qui n'est pas juste pourrait être témoin s'il était généreux, car on ne saurait alors le soupçonner de s'être laissé suborner

1. Fr. Peltier, *op. cit.*, p. 86, note 1.

2. Code du statut personnel égyptien dans Clavel, art. 7.

3. et 4. C. S. P. E., art. 145 et 120.

pour faire un faux témoignage, mais l'opinion contraire paraît plus authentique (1).

Le témoin pour être honorable et juste doit s'abstenir absolument des grands crimes, et éviter le plus possible de commettre des fautes légères (2).

On exclura tout d'abord les calomniateurs dont le témoignage est sujet à caution. Le Coran les exclut. « Vous n'admettrez jamais leur témoignage en quoi que ce soit, car ce sont des méchants (3). »

Mais cette exclusion du calomniateur n'a pas la même portée dans tous les rites.

Selon Abou Hanifa, l'individu condamné pour diffamation n'est plus admis à témoigner, même s'il fait amende honorable après sa peine (4).

Les autres rites admettent au contraire que l'incapacité du calomniateur peut prendre fin par son repentir et son retour au bien, même s'il a subi sa peine. Leur opinion se base sur le Coran lui-même, qui après avoir édicté l'exclusion des calomniateurs, ajoute : « à moins qu'ils ne se repentent de leur méfait et ne se conduisent exemplairement, car Dieu « est indulgent et miséricordieux » (5). Omar opinait

1. Hedaya, 355.

2. Hedaya, 362 ; Ohsson, VI, 224 ; Omar bey Loufly, 1^{er} fasc., 72 ; Khalil Perron, V, 195 ; Thofat, 102, 103 ; Minhadj, III, 400 ; Fath al Qarib, 701.

3. Coran, sourate XXLV, v. 4 ; sourate LXVIII, v. 10 et 11 et sourate CIV.

4. Charani, Balance, 438-439 ; Hedaya, 360.

5. Coran, sourate XXIV, v. 5.

en ce sens et c'est ainsi que les choses se passaient à Médine, quoique certains auteurs soient d'avis contraire (1). Selon Ahmed ibn Hambal, le repentir seul, sans même que le repentant fasse de bonnes œuvres, est suffisant, il y aura lieu d'apprécier s'il s'est écoulé un temps assez long pour que le changement de conduite soit réel. Malek n'accepte cependant pas, même après le repentir, le témoignage du calomniateur, si le fait dont il témoigne entraîne une peine semblable à celle qu'il a subie, pensant qu'une honte partagée est moins lourde à porter (2).

Le raisonnement des Hanéfis pour écarter absolument le calomniateur est que Dieu dans le Coran a dit : « S'il en est qui ont accusé des personnes mariées d'adultère, et s'ils ne produisent pas quatre témoins du fait, châtiez-les de quatre-vingts coups de fouet, et ne recevez plus leur témoignage à l'avenir, car ce sont d'infâmes pécheurs, excepté ceux qui se sont repentis ». Or, l'exception formulée dans le Coran vise la partie déclarant que les calomniateurs sont des pécheurs et non celle qui les déclare incapables de témoigner. Le repentir ne fait qu'enlever la note d'infamie. D'ailleurs l'incapacité de témoigner fait partie de la peine prescrite contre le calomniateur, peine qui ne peut être évitée par le

1. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 211-212 ; Charani, Balance, 438-439 ; Hedaya, 360.

2. Charani, Balance, 439.

repentir ; tandis qu'au contraire un individu condamné pour un autre crime est écarté comme témoin non pas parce que cela fait partie de la peine prononcée contre lui, mais à cause du stigmate attaché à sa faute, stigmate effacé par le repentir (1).

Il y a cependant, en rite hanéfi, un cas où un individu condamné pour calomnie peut ensuite être témoin : un infidèle est condamné comme calomniateur, il embrasse l'islamisme, il acquiert la capacité de témoigner relativement à des musulmans, cette capacité est nouvelle, il ne la possède que depuis son islamisation, elle n'a pu être atteinte par la condamnation antérieure (2).

Il n'en serait d'ailleurs pas de même pour un esclave qui deviendrait libre après avoir été condamné, car au contraire du non-musulman, qui pouvait témoigner contre un non-musulman, l'esclave n'avait aucune capacité de témoigner avant sa liberté ; en conséquence la peine prononcée contre lui n'avait pu être complète, le complément de peine, à savoir la suppression de la capacité de témoigner, est subi après l'affranchissement (3).

Le témoin ne doit pas être connu comme enclin au mensonge (4).

1. Hedaya, 360.

2. Hedaya, 360 ; Ohsson, VI, 224.

3. Hedaya, 360.

4. Khalil Perron, V, 195 ; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 71.

On exclura aussi celui qui s'est laissé corrompre par un cadeau (1) ou dont la fidélité laisse à désirer. Le manque de fidélité se traduit par la mauvaise foi dans l'exécution des marchés, le retard inexcusable apporté aux paiements, l'usage d'une chose usurpée. On écarte l'homme qui se livre au commerce dans des pays ennemis non musulmans (2).

L'individu qui est venu trois fois dans la journée ou trois jours de suite à l'audience du *cadi*, sans raison, ne peut servir de témoin, il est à craindre que cet individu cherche l'occasion de déposer dans un procès (3).

Certains actes sont incompatibles avec le caractère d'homme sérieux et honorable, ils entraînent pour celui qui s'y livre l'incapacité d'être témoin : tolérer que sa femme encore jeune aille au marché, à une fête, à une réunion de femmes qui pleurent un mort (4); déferer le serment à ses père et mère (5); aller nu au bain; prêter de l'argent à usure, du moins si l'usure est notoire. Il faudra aussi s'abstenir de manger sur la place publique, y uriner, s'y promener tête nue, embrasser sa femme ou son esclave en présence d'autres personnes « parce que celui qui ne sait éviter

1. Khalil Perron, V, 227.

2. Khalil Perron, V, 227; Seignette, 1546; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 71.

3. Khalil Perron, V, 227.

4. Miyar, II, 486, 487.

5. Hedaya, 362.

« ces actions par pudeur, s'expose au soupçon de ne
« pas savoir s'empêcher de commettre d'autres fau-
« tes » (1), dit la « Hedaya ».

De même est inadmissible : « Le témoignage d'une
« personne qui s'amuse avec des oiseaux tels que de^s
« pigeons ou des faucons parce qu'un tel amusement
« engendre des négligences dans l'observation des
« devoirs religieux et aussi parce que, en le prati-
« quant, celui qui s'y livre voit les nudités des fem-
« mes étrangères, parce qu'il a l'occasion d'être sur
« la terrasse de sa maison, pour faire voler ses oi-
« seaux (2). »

Sont défendus et rendent incapable de témoigner
le jeu du nard, du tric-trac, la musique, sauf celle
avec laquelle les chameliers font marcher les cha-
meaux, le luth, le tambour de basque, sauf pour
certaines fêtes (3). Les jeux de hasard sont interdits,
le Coran les blâme; cependant Chaféi les admet, s'ils
ne font pas oublier la prière, ou s'il n'y a pas d'en-
jeu; Malek en admettrait certains à cette dernière
condition, selon certains auteurs, mais pas selon
d'autres (4).

1. Hedaya, 362; Khalil Perron, V, 229; Minhadj, III, 402; Fath al Qa-
rib, 703.

2. Hedaya, 361.

3. Minhadj, III, 400, 401; Khalil Perron, V, 195.

4. Hedaya, 362; Charani, Balance, 440; Minhadj, III, 400; Coran, sou-
rate II, v. 184.

Certaines occupations trop viles excluent celui qui s'y livre : poser des ventouses, balayer les maisons, tanner le cuir ; mais, d'après Nawawi, certains auteurs pensent que ces occupations exercées à titre de métier par un individu dont le père était déjà barbier, balayeur ou tanneur, n'empêchent pas de témoigner (1) ; il y aura d'ailleurs lieu, ajoute cet auteur, de tenir compte des individus, des circonstances et des lieux. Ne peuvent témoigner les chanteurs publics, bouffons, musiciens, femmes qui se louent pour pleurer les morts, ces métiers ayant été blâmés par le Prophète (2). Les premières des professions signalées sont réprouvées parce que celui qui les exerce est conduit à toucher des matières impures, les deuxièmes parce que jouer de la musique en public, par exemple, c'est en faire entendre aux autres et qu'on ne doit pas s'attarder à écouter la musique.

Dans un troisième groupe entrent les professions laissant supposer chez leurs titulaires une âme dure et vénale : celle de collecteur d'impôts par exemple, mais pas celle de légat du sultan.

Les gens qui reçoivent l'hospitalité des collecteurs d'impôts sont eux-mêmes indignes d'être témoins (3). L'esclave ne peut être témoin, selon la majorité des

1. Khalil Perron, V, 195 ; Minhadj, III, 402.

2. Khalil Perron, V, 229 ; Hedaya, 362 ; Ohsson, VI, 225.

3. Khalil Perron, V, 225 ; Seignette, 1545 ; Hedaya, 363 ; Ohsson, VI, 225.

auteurs, qui estiment que la liberté est une condition de l'honorabilité. Trois des grands Imams ne l'admettent jamais. Hambal semble l'accepter lorsqu'il ne s'agit pas d'établir un fait emportant peine afflictive et déterminée ou application du talion. Le raisonnement d'Hambal est qu'un esclave peut être honorable, on lit dans le Coran : « Le plus digne d'être vous devant Dieu est celui qui le craint le plus (1). » Selon El Bokhari, Anas a dit : « Le témoignage de l'esclave qui est honorable est valable (2). »

Toutefois pour El Bokhari, ce témoignage n'est admissible que pour certifier l'apparition de la lune de rhamadan (3). Si un esclave atteste l'existence de la parenté par le lait entre deux époux, il est préférable de séparer les époux, mais cela n'est point obligatoire (4).

L'incapacité de l'esclave cesse avec l'état d'esclavage, l'esclave peut témoigner après son affranchissement, même sur un fait antérieur à son état de liberté (5).

Mais Malek n'admet pas son témoignage même à ce moment, si avant son affranchissement l'individu

1. Khalil Perron, V, 194 ; Hedaya, 360 et 355 ; Minhadj, II, 400 ; Fath al Qarib, 701 ; Charani, Balance, 442 ; Coran, sourate XLIX, verset 13.

2-3-4. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 215, 211.

5. Ohsson, VI, 223 ; Charani, Balance, 442.

avait témoigné sur le fait sur lequel il veut déposer, et avait été récusé (1).

L'individu de naissance irrégulière n'est pas considéré comme non honorable, cependant les Malékis différant en cela des Hanéfis n'admettent pas le bâtard pour témoin d'un fait de cohabitation illicite, par crainte qu'il ne veuille faire partager sa honte, c'est pourquoi il faudra se renseigner sur l'origine et la famille du témoin (2).

SECTION III. — *Récusation pour cause de parenté, alliance, intérêt, inimitié.*

Des causes autres que le défaut d'honorabilité peuvent faire écarter un individu du rôle de témoin, de crainte qu'elles ne le poussent à altérer la vérité. Ainsi on ne tiendra pas compte des dépositions favorables de certains, ou défavorables de certains autres.

Une de ces causes est la parenté qui peut exister entre une des parties et le témoin : cette parenté fait supposer un intérêt commun qui rend le témoin suspect.

Le père ne peut témoigner en faveur de son fils ni de son petit-fils, de même le fils n'est pas admis en faveur de son père ou de son grand-père, on peut même dire que le témoignage d'un ascendant au

1. Charani, Balance, 443.

2. Hedaya, 363 ; Khalil Perron, V, 209 et 194 ; Seignette, 1529.

profit d'un descendant ou vice versa n'est pas valable (1).

Selon Charani, Ahmed ibn Hambal a eu sur la question trois opinions : dans la première il accepte le témoignage du père en faveur du fils ; dans la deuxième il accepte celui de chacun d'eux en faveur de l'autre, tant qu'il n'y a pas un intérêt commun entre eux ; dans la troisième il se range à l'opinion des autres Imams (2).

Par contre, le témoignage des uns est reçu contre les autres, sauf le témoignage du fils contre le père dans les matières entraînant talion ou peines afflictives déterminées, car le désir d'hériter peut inspirer ce témoignage (3). Spécialement le fils peut déposer contre le père au sujet d'une répudiation ou de diffamation de la part du père contre une des femmes du père, autre que la mère du fils qui se présente pour témoigner (4).

Les Malékis n'admettent pas le témoignage d'une femme au profit des enfants de son mari ni celui du mari au profit des enfants de sa femme, mais ils admettent un individu à déposer en faveur du fils de son gendre.

1. Charani, Balance, 447 ; Khalil Perron, V, 197 ; Seignette, 1514 ; Tohfât, 117 ; Ohsson, VI, 225 ; Hedaya, 360 ; Minhadj, III, 404.

2. Charani, Balance, 447.

3. Charani, Balance, 447.

4. Minhadj, III, 404.

Le témoignage des gendres et brus favorables aux beaux-parents n'est pas recevable, ni celui des enfants au profit des conjoints de leurs parents (1).

Si un individu a témoigné dans une affaire en faveur d'ascendants et d'étrangers, sa déposition ne sera efficace qu'au profit des étrangers, selon Nawawi (2).

Le témoignage d'un frère au profit de son frère est valable, selon les Hanéfis, les Chaféïs et les Hambalis, qui considèrent que les intérêts de deux frères sont distincts et partant qu'un témoignage de parti pris favorable n'est point à craindre (3) ; les Malékis n'admettent ce témoignage que si le témoin est une personne d'une honorabilité incontestable et supérieure, et s'il ne vit point dans la famille du frère en faveur de qui il dépose (4).

Les époux sont considérés comme ayant trop d'intérêt à la prospérité l'un de l'autre, pour que le témoignage de l'un soit admis en faveur de l'autre, le Prophète a pour cela exclu ce témoignage. Les Chaféïs sont seuls à l'admettre, soutenant que l'amour d'un des conjoints pour l'autre pousse assez peu souvent à faire de faux témoignages et que, de plus, on ne peut soupçonner ici la fidélité du témoin, étant donné que

1. Khalil Perron, V, 197 ; Tohfât, 118.

2. Minhadj, III, 404.

3. Charani, Balance, 448 ; Hedaya, 361 ; Minhadj, III, 404.

4. Tohfât, 116 ; Khalil Perron, V, 199 ; Seignette, 1516.

les patrimoines des époux sont distincts et partant manquent d'intérêt commun (1).

A propos de la parenté il convient de remarquer que le père et le fils peuvent être témoins dans la même affaire, mais que ces témoignages ne comptent que pour un (2). Ceci est édicté par les auteurs malékis et hanéfis, et c'est la loi stricte se basant sur l'autorité des auteurs, mais en pratique on compte ces témoignages comme deux témoignages distincts.

On doit aussi considérer le cas où le procès a lieu entre parents et où le témoin est parent des deux parties. Le père et la mère peuvent témoigner en faveur d'un enfant contre un autre enfant, sauf au cas de partialité manifeste, de même un enfant peut témoigner en faveur d'un ascendant contre l'autre.

Dans un procès où le fait à établir serait la répudiation de la mère par le père, l'enfant peut témoigner en faveur de la mère qui nie la répudiation ; si la mère soutient la prétention contraire, les avis des docteurs sont partagés.

Enfin un individu peut témoigner au profit de son père contre son grand-père, en faveur de son en-

1. Hedaya, 360, 361 ; Ohsson, VI, 225 ; Khalil Perron, V, 197 ; Chaurani, Balance, 448 ; Minhadj, III, 404.

2. Tohfât, 120 ; Khalil, V, 198 ; Seignette, 1515.

fant contre l'enfant de cet enfant et vice versa (1).

Voisin du cas de parenté est celui de l'amitié. Un ami est-il admis à témoigner en faveur d'un ami ? Oui, au dire des Hanéfis, Chaféïs et Hambalis, non selon les Malékis, qui récusent ce témoignage à l'instar de celui du frère, et ne l'acceptent que s'il vient d'un homme incontestablement et supérieurement honorable (2).

Les Malékis excluent de même le témoignage soupçonné d'être fait par esprit de corps, par exemple par des soldats contre des Arabes, de même par des gens d'une caravane au profit de l'un d'eux, sauf à propos d'une injure, vol, meurtre commis au préjudice de l'un d'eux car ici la nécessité d'admettre leur témoignage fait loi (3).

D'une façon générale sont exclus tous ceux qui ont un intérêt à faire triompher la partie en faveur de qui ils déposent, soit pour se procurer un avantage, soit pour éviter une perte. On récuse le témoignage de l'affranchi en faveur du patron, d'un copropriétaire en faveur de son copropriétaire, d'un associé en faveur de son coassocié, d'un créancier en faveur de son débiteur, dont il veut augmenter le patrimoine afin de rendre plus solvable ce débiteur, du

1. Khalil Perron, V, 199, 205, 206 ; Seignette, 1525 ; Charani, Balance, 448 ; Minhadj, III, 404.

2. Charani, Balance, 447, 448. Khalil Perron, V, 199.

3. Khalil Perron, V, 218, 219 ; Seignette, 1537 et 1546.

débiteur insolvable en faveur d'un créancier que le débiteur cherche ainsi à attendrir, d'une caution en faveur du débiteur principal, d'un tuteur au profit de son pupille (1).

De même qu'un témoin peut être suspecté de favoriser une des parties, de même il peut être soupçonné de déposer intentionnellement contre elle.

C'est ainsi qu'on ne tiendra pas compte du témoignage de celui qui est en colère, qui s'empresse de témoigner dès que l'incapacité qui l'atteignait vient à disparaître (2), de l'individu qui dépose, sans en avoir été requis, « Le pire des témoins est celui qui « dépose avant d'être appelé à témoigner », a dit le Prophète ; mais ce témoignage n'est refusé que dans les affaires civiles, il n'en est pas de même si le procès intéresse un droit de Dieu, car l'ordre public peut être troublé, par exemple, si un individu cohabite avec sa femme répudiée ou son esclave affranchie, ou ne distribue pas comme il le faudrait les revenus d'une fondation. Dans ces cas, le témoin peut avoir été poussé à témoigner en vue de plaire à Dieu et le Prophète a dit : « Le meilleur témoin est celui qui « apporte son témoignage avant qu'il lui soit de-

1. Khalil Perron, V, 194, 198, 216 à 222 ; Seignette, 1535 à 1540 ; Tohfah, 119 ; Hedaya, 360, 361 ; Minhadj, II, 403 ; Fath al Qarib, 711 ; Miyar, II, 209, 210 ; Ohsson, VI, 226.

2. Fath al Qarib, 703 ; Khalil Perron, 208, 209 ; Seignette, 1529.

« mandé. » Nous voyons que ces deux hadits ont chacun leur domaine d'application (1).

L'empressement du témoin dans les autres cas laisse croire à l'inimitié entre lui et la partie, exception est faite pour les agents de la police qui témoignent de ce qu'ils ont vu (2), et pour celui qui vient se proposer comme témoin à la partie qui ignorait l'avoir comme témoin en sa faveur (3).

Si le témoin doit attendre d'être invité pour déposer, il n'est pas besoin au contraire que ce témoin ait été requis comme témoin d'un fait, pour ensuite attester le fait devant le juge, la préconstitution du témoignage n'est pas nécessaire, on peut témoigner devant le juge d'une vente, répudiation, usurpation par exemple sans qu'on ait été prié d'y assister. Nous verrons au contraire que le témoin second qui rapporte le témoignage d'un autre témoin doit avoir été requis par le témoin premier de rapporter le témoignage, mais dans les autres cas, cette condition n'est pas nécessaire, et c'est pourquoi le témoin s'exprime ainsi : « Je déclare que telle personne a fait telle chose » et non : « On m'a requis de témoigner de ceci » (4).

1. Miyar, II, 488 ; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 74 ; El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 213 ; Khalil Perron, V, 211 à 214 ; Seignette, 1531 ; Minhadj, III, 405.

2. Minhadj, III, 505 et 507.

3. Miyar, II, 488 ; Khalil Perron, V, 214 ; Seignette, 1532.

4. Hedaya, 357.

Bien plus, le témoignage de celui qui s'est caché pour entendre un aveu, une répudiation, n'est pas récusable (1).

Mais il faut que le témoin ait entendu les paroles du commencement jusqu'à la fin, sinon il risquerait d'en altérer le véritable sens (2).

L'auteur de la « Hedaya » fait la distinction suivante : Un individu ne peut témoigner par cela même que caché derrière une courtine il a entendu des paroles sans voir qui parlait, car les voix sont souvent semblables ; mais, s'il était entré dans la maison, avait vu qu'il n'y avait à l'intérieur qu'une seule personne, si s'étant ensuite placé derrière la porte, il a entendu l'aveu de cette personne, il pourra valablement témoigner (3).

Le soupçon d'animosité atteint l'individu qui dépose en accompagnant sa déposition d'un serment sans que le cadi le lui demande, sauf si le témoin est un homme du commun que son ignorance des formes excuse (4).

Le témoignage d'un ennemi en faveur d'un ennemi est accepté, mais il est au contraire tenu pour nul lorsqu'il est fait contre un ennemi ; au dire de Cha-

1. Khalil Perron, V, 214 ; Seignette, 1532 ; Tohfât, 122 ; El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 207 ; Zeys et Sidi Saïd, n° 14.

2. Tohfât, 123.

3. Hedaya, 357.

4. Khalil Perron, V, 211 ; Seignette, 1530.

rani, Abou Hanifa accepterait ce témoignage si l'inimitié existant entre le témoin et la partie n'était pas allée jusqu'à des procédés de méchanceté (1). Un ennemi ne pourra témoigner contre l'enfant ou l'ascendant de son ennemi, mais il pourra le faire contre le pupille de cet ennemi (2).

L'inimitié est établie par une preuve approximative ; elle ressort aussi du fait qu'un témoin invec-tive la partie à l'audience. La rivalité entre deux ulé-mas jaloux est aussi une cause de récusation (3).

L'inimitié résultant de la simple différence de religion est-elle suffisante ? Le non-musulman ne peut témoigner contre un musulman, mais l'inverse n'est pas vrai ; ce n'est donc pas la différence de religion qui cause la récusation. Le non-musulman ne peut témoigner contre le musulman parce que, dans un État musulman, il lui est inférieur, on peut craindre de l'animosité de sa part (4).

Un dimmi ne peut témoigner contre un autre dimmi selon les Malékis et les Chaféïs ; il peut le faire selon les Hanéfis et les Hambalis, peut-être est-il nécessaire cependant qu'ils soient de même religion. Les Hanéfis admettent aussi un dimmi à témoigner

1. Charani, Balance, 446, 447 ; Khalil Perron, V, 206 ; Seignette, 1526 ; Minhadj, III, 404.

2. Khalil Perron, V, 206 ; Seignette, 1526.

3. Khalil Perron, V, 207 et 225 ; Seignette, 1527 et 1544.

4. Minhadj, III, 405 ; Khalil Perron, V, 206.

contre un mostamim, mais ne reçoivent le témoignage d'un mostamim contre un autre mostamim que si tous deux sont du même pays (1).

Malek, à l'encontre d'Abou Hanifa et de Chaféi, voit une inimitié entre le Bédouin et l'Arabe sédentaire et récuse le Bédouin déposant contre l'Arabe. L'opinion de Malek serait basée sur un hadits ; Malek considère sans doute que le témoin bédouin a des chances d'être un faux témoin, puisqu'on n'a pu se procurer d'autres témoins que lui, car il est à remarquer que cette exclusion n'a lieu que pour les procès ayant un intérêt purement pécuniaire et non pour les affaires de vol ou meurtre commis sur les chemins, ou pour tout ce que le Bédouin a vu en passant les routes. Cela s'explique : on ne fait pas certains actes en présence d'étrangers, d'autres se passent tout naturellement en leur présence (2).

Malek rejette aussi le témoignage des mendiants dans les procès roulant sur des valeurs considérables, sauf si le mendiant ne sollicitait pas pour lui-même et ne s'adressait qu'à des gens riches (3).

1. Hedaya, 362-363 ; Ohsson, VI, 227 ; Charani, Balance, 445.

2. Charani, Balance, 449 ; Khalil Perron, V, 214-215 ; Seignette, 1533.

3. Khalil Perron, V, 215 ; Seignette, 1534.

SECTION IV. — *Age et sexe du témoin.*

Le témoin doit avoir une certaine maturité d'esprit donnant à ses paroles une valeur incontestable. On élimine comme ne présentant pas cette qualité l'interdit, l'homme irréfléchi ou généralement distrait ; l'homme distrait ne peut témoigner que pour les faits d'une nature simple et faciles à saisir (1).

Pour la même raison, le mineur est généralement incapable de témoigner ; chez les Hanéfis et les Chaféïs cette règle ne souffre pas d'exception (2).

Dans le rite maléki, le témoignage de mineurs réunis dans un but innocent est recevable en matière de blessures ou d'homicides produits au cours des jeux ou exercices auxquels se livraient ces enfants. Il faut, pour que leurs témoignages soient admis, que les mineurs aient l'âge du discernement, qu'ils soient du sexe masculin, que leurs dépositions soient concordantes, et aient été recueillies avant que les enfants aient été séparés ou qu'une personne plus âgée se soit mêlée aux enfants, on craint en effet que cette personne ait pu influencer les mineurs, les pousser à faire des dépositions dans un sens donné. En plus

1. Khalil Perron, V, 194 à 197 ; Fath al Qarib, 701-703 ; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 71.

2. Khalil Perron, V, 194 ; Minhadj, III, 400 ; Fath al Qarib, 701 ; Ohsson, VI, 223 ; Charani, Balance, 438.

de ces conditions, les mineurs devront présenter les qualités d'un témoin ordinaire.

Le témoignage des mineurs est donc exceptionnel, il n'est admis que par nécessité, les jeunes garçons jouant hors la présence de leurs parents. Cette considération ne fait jamais admettre la déposition des fillettes qui peuvent être rassemblées aux bains ou à une noce (1).

Ahmed ibn Hambal a eu sur cette question deux opinions : la première dans le sens du rite maléki, la seconde acceptant, en toute matière, les témoignages des mineurs (2). Le dire de M. Pfender qui soutient d'une part que le témoignage des mineurs est toujours exclu par les Hambalis, et d'autre part qu'il est admis par les Hanéfis dans la même mesure que par les Malékis, nous semble donc injustifié (3).

Le sexe est pris en considération chez une personne qui se présente pour témoigner. D'après Abou Saïd el Khodri, le Prophète a dit : « Le témoignage d'une femme n'est-il pas la moitié du témoignage d'un homme ? — Certes oui, répondîmes-nous. — Cela, » reprit-il, tient à l'infériorité de son intelligence (4). »

La femme est regardée comme un témoin inférieur

1. Khalil Perron, V, 232 à 236 ; Seignette, 1550-1555 ; Tohfât, 143 à 145.

2. Charani, Balance, 438.

3. Pfender, thèse, 36.

4. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 215

incapable de déposer dans certaines affaires, elle est admise dans d'autres avec un homme et compte pour la moitié d'un témoin mâle, elle est reçue dans des cas spéciaux sans qu'un homme témoigne avec elle.

Examinons d'abord les règles du rite hanéfi, qui par certains côtés est plus favorable à la femme.

« Le témoignage des femmes est toujours accepté
« hormis les cas qui comportent l'application des pei-
« nes afflictives définies et le cas des blessures (1). »
La femme est principalement exclue pour l'établissement de la cohabitation illicite, ou d'un crime entraînant application du talion. Dans les autres affaires, le témoignage de deux femmes, accompagné de la déposition d'un homme fait preuve complète (2).

Les autres rites n'acceptent le témoignage des femmes que dans des matières plus restreintes. Les femmes y sont exclues, comme dans le rite hanéfi, pour les procès intéressant les droits de Dieu (3).

En ce qui concerne les droits de l'homme, elle n'est pas admise pour les procès n'ayant pas des conséquences exclusivement pécuniaires : contestations ayant trait au mariage, à la répudiation, à l'affran-

1. Charani, Balance, 410.

2. Hedaya, 353.

3. Charani, Balance, 410 et s.; Khalil Perron, V, 240 et s.; Minhadj, III, 408; Fath al Qarib, 705; Hedaya, 353; Ohsson, VI, 218.

chissement, à des faits criminels entraînant une peine corporelle (1).

Le témoignage des femmes est admis, joint à celui d'un témoin mâle, dans les affaires dont l'intérêt est pécuniaire ; ou pour les cas de blessure n'entraînant qu'une condamnation à une indemnité ; les femmes peuvent témoigner qu'un esclave a payé le prix de son affranchissement, parce que l'intérêt est pécuniaire, le procès ne portant pas sur la question de savoir s'il y a eu affranchissement (2).

Dans certains procès, le témoignage de femmes seules fait preuve complète, cela dans tous les rites. La raison de cette disposition est une considération de pudeur. Le témoignage des femmes seules est reçu pour les faits qui se passent hors la présence des hommes, par exemple le fait de l'accouchement ; ou pour des choses que les hommes ne peuvent examiner : vices de conformation chez une femme épousée ou vendue comme esclave, menstruations, allaitement, examen de la partie du corps de la femme comprise entre le nombril et les genoux (3).

Il y a de légères différences entre les rites pour

1. Charani, Balance, 410 et s.; Khalil Perron, V, 240 et s.; Minhadj, III, 408 ; Fath al Qarib, 705.

2. Khalil Perron, V, 240 à 244; Seignette, 1563 ; Tohfât, 140-141.

3. Khalil Perron, V, 244, 245 ; Seignette, 1564, 1565 ; Hedaya, 353, 354 ; Ohsson, VI, 218 ; Minhadj, III, 408 ; Fath al Qarib, 705 ; Charani, Balance, 436.

l'énumération des cas où le témoignage des femmes seules fait preuve entière. Ainsi, le moment de la mort d'un homme peut être déterminé par les femmes seules chez les Malékis, non chez les Chaféïs (1) ; les rites maléki, chaféi et hambali, admettent que la parenté peut être prouvée par des femmes seules, cela n'est pas chez les Hanéfis (2). De même encore, nous avons vu que tous les rites se contentent de l'attestation de femmes seules pour établir le fait de l'accouchement ; un fait voisin de l'accouchement est la viabilité de l'enfant, viabilité qui se manifeste par l'isthilal (vagissement du nouveau-né). L'isthilal est prouvé par des femmes seules dans les rites maléki, chaféi et hambali, chez les Hanéfis la question est controversée. Hanifa soutient que s'il s'agit d'établir l'isthilal pour une question successorale qui peut dépendre de la viabilité de l'enfant mort peu après sa naissance, le témoignage de femmes seules ne suffira pas ; mais leur témoignage fera au contraire preuve complète de la viabilité de l'enfant, s'il s'agit d'établir cette viabilité pour décider s'il y a lieu de faire des prières funéraires à l'occasion de la mort du nouveau-né. Abou Youçof et Mohammed ne partagent pas l'opinion de leur maître, ils se contentent dans tous les cas du témoignage de femmes seules,

1. Khalil Perron, V, 245 ; Seignette, 1565 ; Minhadj, III, 408.

2. Charani, Balance, 437, 438.

car l'isthilal étant poussé par le nouveau-né lors de sa naissance, seules des femmes peuvent être supposées présentes lorsque le vagissement s'est fait entendre (1).

La raison pour laquelle les Hanéfis se montrent plus larges pour l'admission du témoignage des femmes est que ce témoignage est en principe considéré comme valable ; si l'on estime la femme comme incapable en principe, on ne doit jamais l'admettre à témoigner en matière de propriété (2). Selon la « Hedaya », les docteurs des autres rites admettraient les femmes dans les procès ayant trait à la propriété, parce que ces procès sont plus communs et moins importants que ceux dans lesquels le témoignage des femmes n'est pas reçu. A cet argument les Hanéfis répondent que la femme est en principe capable de témoigner, elle possède les trois qualités nécessaires : vue, mémoire, capacité de déposer ; si la mémoire des femmes est sujette à des faiblesses, on y remédie par le fait qu'on exige deux femmes et un homme pour faire la preuve, ce n'est que dans le cas où le fait à établir entraînerait pour l'accusé l'application d'une peine corporelle que le doute qui pourrait subsister

1. Hedaya, 355 ; Charani, Balancé, 437.

2. D'après la « Hedaya », Chaféi admettrait qu'en matière de propriété le témoignage de quatre femmes fit preuve complète. Cette opinion semble rejetée par Nawawi, cf. Minhadjet par Abou Chodja, cf. Fath al Qarib, *loc. cit.*, *supra*.

après la déposition d'une femme suffit à faire récuser les femmes dans ces procès.

Ce qui peut paraître illogique, constate l'auteur de la « Hedaya », c'est qu'alors qu'on admet que le témoignage de deux femmes peut suppléer celui d'un homme, on n'admet pas que quatre femmes puissent témoigner à la place de deux hommes. A cela les Hanéfis répliquent que si l'on permettait la preuve par le témoignage de quatre femmes seules, cela donnerait trop souvent aux femmes l'occasion de s'exhiber en public, ce qui n'est pas désirable (1).

Le témoignage de l'hermaphrodite est valable parce que ou l'individu est un homme, ou c'est une femme, or le témoignage de l'homme comme celui de la femme est valable (2) ; il y aura sans doute lieu de déterminer le sexe de l'hermaphrodite pour connaître la valeur exacte de son témoignage.

« Le témoignage d'un eunuque est admissible, dit « l'auteur de la « Hedaya », parce qu'Omar a accepté le « témoignage d'El Kia, qui était un eunuque, et aussi « parce que l'eunuque a été privé de ses parties par « violence, il est dans la situation d'une personne qui « aurait reçu une blessure » (2), ce qui n'entraîne pas d'incapacité au point de vue testimonial :

1. Hedaya, 354.

2. Hedaya, 363.

SECTION V. — *Témoin aveugle, sourd, muet.*

Le témoin pour déposer doit avoir pu enregistrer le fait sur lequel il fournit des explications. Cette condition conduit à l'examen de l'influence de certaines infirmités physiques sur la capacité testimoniale : cécité, mutité, surdité.

L'aveugle, en rite maléki, ne peut témoigner que pour des paroles (1). « Cette règle est d'une évidence « telle qu'elle paraît inutile. Aussi pense-t-on géné-
« ralement que le texte de Sidi Khalil a une portée
« plus grande, il tendrait à proscrire, en principe, ce
« que nous appelons la preuve par commune renom-
« mée », écrit M. Pfender (2). Nous estimons au contraire que la règle vise spécialement le cas de cécité du témoin, si Khalil la formule, c'est à cause des différences importantes qui existent en la matière entre les rites sunnites.

Les Malékis admettent le témoignage de l'aveugle lorsqu'il s'agit de rapporter un fait perçu par l'ouïe. Selon les Hanéfis, le témoignage de l'aveugle n'est jamais admis ; Abou Hanifa et son disciple Moham-med décident même que la cécité survenant entre la déposition et le prononcé du jugement annule le té-

1. Khalil Perron, V, 195 ; Seignette, 1512.

2. Pfender, thèse, 39.

moignage ; Ziffar admet le témoignage de l'aveugle dans les matières où la preuve par commune renommée est reçue ; les auteurs hanéfis suivent très généralement la doctrine d'Hanifa (1).

Les Chaféïs n'acceptent le témoignage de l'aveugle que dans des cas limités : lorsqu'il témoigne d'un fait observé avant de perdre la vue, lorsqu'il rapporte un aveu fait par un individu avec qui il est resté en contact jusqu'au moment où il dépose, et enfin lorsqu'il dépose sur des choses qui sont de notoriété publique : filiation, décès, etc. (2).

Selon Charani, Hambal accepte le témoin aveugle pour ce qu'il a vu avant son infirmité ou ce qu'il a perçu par l'audition ; les Hambalis et les Malékis ont ici la même doctrine (3).

Le témoignage du sourd n'est admis que s'il s'agit de faits perceptibles par la vue (4).

Le témoignage du muet n'est pas admis par les Hanéfis et les Hambalis, même si l'on comprend les signes au moyen desquels il s'exprime, car il peut y avoir des doutes sur leur signification. Les Malékis et les Chaféïs acceptent la déposition du muet si les signes qu'il fait sont intelligibles : « Bien plus, ajoute « Charani, des juriconsultes scrupuleux les ont dé-

1. Hedaya, 359, 360 ; Ohsson, VI, 224.

2. Fath al Qarib, 710, 711 ; Minhadj, III, 411, 412.

3. Charani, Balance, 441.

4. Khalil Perron, V, 196 ; Seignette, 1512 ; Minhadj, III, 411.

« clarés plus précis que le langage parlé, attendu
« qu'ils ne comportent pas d'explications et de com-
« mentaires (1). »

SECTION VI. — *Moment où l'on se place pour apprécier la capacité d'un témoin.*

L'incapacité testimoniale d'un individu est susceptible de cesser. Nous avons vu déjà que cela était possible, au moins dans certains rites, pour le calomniateur et l'esclave. L'infidèle qui se convertit à l'islamisme devient capable de déposer en justice ; Malek repousse cependant le témoignage du nouveau converti qui veut déposer sur un fait sur lequel il avait voulu témoigner avant son islamisation. Certains auteurs exigent qu'on attende un certain temps après la conversion pour savoir si elle est réelle. Pour ce qui est de l'homme de mauvaise vie qui s'amende, il faudra s'assurer que son changement de vie est sincère et pour cela, que l'individu vive en homme de bien depuis un certain temps, qui n'est pas exactement fixé. Hambal se contente du simple repentir de l'homme autrefois de mauvaise vie, les Imams des autres rites exigent des actes manifestant

1. Charani, Balance, 442 ; Hedaya, 360.

le changement de vie ; il en est de même pour l'inimitié (1).

Le mineur devenu majeur est capable du seul fait qu'il a atteint sa majorité, il peut alors déposer sur une chose qui s'est passée antérieurement à ce moment (2).

Quelle sera l'influence de certains faits survenant entre la déposition du témoin et le prononcé du jugement ?

Chez les Hanéfis, le témoin doit être capable lors du jugement, si entre sa déposition et le jugement il devient aveugle, muet, injuste ou fou ; on ne peut juger en se basant sur son témoignage ; s'il meurt ou disparaît, le jugement pourra intervenir « car sa capacité n'est pas annulée mais plutôt terminée par le décès ou l'absence » (3).

Chez les Malékis, il faut rechercher si la cause de l'incapacité qui se manifeste entre la déposition et le jugement est postérieure à la déposition, ce qui peut arriver si à ce moment le témoin devient l'associé, ou l'ennemi de la partie en faveur ou contre laquelle il a témoigné ; ou bien si elle existait avant sa déposition, mais était dissimulée, c'est le cas du

1. Miyar, II, 487 ; Minhadj, III, 406 ; Khalil Perron, V, 231 ; Seignette, 1548 ; Charani, Balance, 443 et 530.

2. Tohfât, 121.

3. Hedaya, 360.

libertinage dont on découvre l'existence chez le témoin postérieurement à la déposition (1).

Si l'on examine l'ensemble des qualités que doit présenter un individu pour que son témoignage soit pris en considération, on peut se demander si on arrive à trouver un témoin idoine selon la loi musulmane.

Nous verrons qu'il y a des palliatifs, on pourrait se contenter de témoins ne présentant pas les garanties exigées chez un bon témoin, en compensant la qualité par la quantité, ou en exigeant des témoins un serment. Cela ne suffit pas, ce n'est qu'un expédient, mais en règle générale le témoin doit-il nécessairement répondre à toutes les conditions d'honorabilité requises ? Certes non ; selon une boutade, on ne peut exiger d'un plaideur le Prophète comme témoin.

Ebn Acem admet que toutes les causes de reproche peuvent être dressées contre le témoin qui n'est pas d'une honorabilité supérieure, et reconnaît que contre l'homme très honorable on ne peut invoquer que les causes de récusation basées sur l'inimitié évidente et la parenté (2). Mais il ne faudrait pas croire qu'un témoin soit un homme qui n'ait jamais commis de faute, Ebn Acem dit lui-même : « Le té-

1. Khalil Perron, V, 223 ; Seignette, 1542, 1543.

2. Tohfât, 104, 105, 116 et suivants comparés.

« moins honorable est celui qui s'abstient des fautes
« graves, évite le plus souvent les fautes légères, etc. (1). » Cette idée est développée dans la « Hedaya » : « Le témoignage de celui dont les vertus ex-
« cèdent les vices ou qui n'a pas été condamné pour
« de grands crimes est admissible, quoiqu'il ait pu
« être, à l'occasion, condamné pour des fautes vé-
« nielles, ... l'innocence au regard des grands crimes
« et une prépondérance de la vertu sur les vices doi-
« vent nécessairement être considérées comme suffi-
« santes, car si le fait de commettre à l'occasion de
« petites fautes était destructif du pouvoir de témoi-
« gner, la porte du témoignage devrait être fermée,
« tandis que la préservation du droit de maintes
« gens exige qu'elle soit tenue ouverte (2). »

SECTION VII. — *Enquête sur l'honorabilité :*
Tazkieh.

Nous avons vu que la probité du témoin était une chose indispensable, cela parce que le Coran a dit :
« Prenez le témoignage de deux hommes justes » et aussi : « Parce que de la probité des témoins découle
« une présomption de vérité, au lieu que le manque

1. Tohfât, 102.

2. Hedaya, 363.

« de probité chez le témoin permet de croire, avec
« raison, qu'il dit des choses fausses (1). »

Le cadi devra se renseigner sur la moralité des
témoins ; à cette fin la loi musulmane a imaginé une
procédure : la « tazkieh ».

Le cadi lors de son entrée en fonction doit choisir
quelques personnes chargées d'espionner les
gens que l'on propose comme témoins. D'autre part
les parties qui voudront établir l'honorabilité des
témoins qui leur sont favorables ou le manque d'honorabilité
de ceux qui déposent en faveur de l'adversaire, auront recours
à des gens que les commentateurs français appellent «
certIFICATEURS » et qui sont les « mozakkis » (2). Le nom de
« mozakki » s'applique aussi aux individus chargés par le
cadi d'étudier la moralité des témoins.

Le mozakki doit posséder les mêmes qualités que
le témoin, il doit même être d'une honorabilité au-dessus
de tout soupçon (3). Cependant le mozakki chargé de faire
secrètement une enquête par le cadi peut être esclave, car il
n'y a pas une analogie absolue entre le témoin et le mozakki (4).

Le mozakki doit être assez clairvoyant et assez

1. Hedaya, 355.

2. Khalil Perron, V, 141.

3. Khalil Perron, V, 199, 201 à 203; Minhadj, III, 380; Fath al Qarib, 685 ; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 72.

4. Hedaya, 357.

intelligent pour savoir si un individu peut ou non être témoin (1).

Nul ne peut être mozakki dans une affaire où il ne pourrait être témoin, nul ne peut certifier l'honorabilité d'une personne en faveur de qui il ne pourrait témoigner, cependant les Malékis admettent qu'un frère peut certifier l'honorabilité de son frère (2).

Les femmes ne peuvent être mozakki que dans les procès où les femmes sont admises comme témoins. Hanifa, selon Charani, admettrait les femmes à donner des renseignements sur la moralité d'un témoin mâle ; les Imams des autres rites n'admettent la femme que comme mozakki d'une autre femme, car pour être mozakki, il faut très bien connaître le témoin, une femme ne peut connaître intimement un homme que si elle est sa parente ou si c'est une femme de mœurs faciles, dans les deux cas elle ne peut être mozakki (3).

Une femme est au contraire admise à déposer sur l'honorabilité d'un témoin femme ; lorsque Aïcha fut calomniée, le Prophète sur le conseil d'Ali interrogea sa suivante (4).

Pour être mozakki d'un individu, il faut le bien

1. Khalil Perron, V, 232 ; Seignette, 1549 ; Minhadj, III, 380 ; Fath a Qarib, 685.

2. Khalil Perron, V, 199 et 233 ; Seignette, 1549 et 1516.

3. Khalil Perron, V, 203 ; Charani, Balance, 417.

4. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 215.

connaître, pour cela être de son monde, vivre dans le même quartier, exercer la même profession, avoir fait du commerce ou un voyage avec lui (1).

Le mozakki doit être connu du cadî, sauf si le témoin dont il s'agit d'établir la moralité est un étranger (2).

C'est une obligation d'être mozakki, de critiquer la valeur morale d'un témoin, lorsque la déposition de ce témoin peut porter préjudice à autrui, et par contre, d'affirmer l'honorabilité d'un témoin (3).

Faudra-t-il toujours procéder à la tazkieh? Selon Abou Hanifa, le juge doit se contenter de la probité apparente du témoin, le Prophète ayant dit, d'après Omar : « Tout musulman est juste lorsqu'il s'agit de « témoigner, excepté celui qui a subi une peine pour « diffamation », de plus on doit présumer cette qualité chez un individu. On devra cependant procéder à la tazkieh dans les procès qui peuvent se terminer par une condamnation à une peine afflictive ou au talion, et dans les autres procès seulement sur demande de l'adversaire. Selon Abou Youçof et Mohammed, il faudra toujours procéder à une enquête, car cela est plus prudent (4).

1. Khalil Perron, V, 202, 203; Seignette, 1558; Minhadj, III, 380; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 73.

2. Khalil Perron, V, 201, 202.

3. Khalil Perron, V, 203; Seignette, 1559.

4. Hedaya, 355, 356; Ohsson, VI; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 73; Charani, Balance, 416.

Les Imams des autres rites exigent toujours que la tazkieh soit faite; cependant Hambal a eu sur ce point deux opinions, la seconde conforme à la doctrine d'Hanifa (1).

Une des parties ne peut certifier l'honorabilité des témoins de son adversaire: « Il est à observer, dit « l'auteur de la « Hedaya », que selon la doctrine qui « maintient la nécessité de l'enquête du cadi sur le « témoin dans tous les cas, la justification de l'honorabilité du témoin par le défendeur n'est d'aucune « valeur. En d'autres termes, si le défendeur a déclaré « que le témoin du plaignant est un honnête homme, « son dire ne sera pas accepté; telle est d'ailleurs la « doctrine du Zahir Rawayet relatée par Abou Youçof « et Mohammed (2). »

Voici comment s'explique cette doctrine. Dans l'idée du demandeur et de ses témoins, le défendeur est un homme de mauvaise foi, puisqu'il nie la prétention du demandeur, donc il est indigne d'être mozakki. Si le défendeur au lieu de dire: « Le témoin est un homme honorable, mais il se trompe », disait: « Le témoin est un homme honorable et il a parlé conformément à la vérité », le cadi devrait juger contre le défendeur à cause de l'aveu qu'il vient de faire de la prétention du demandeur, et non

1. Charani, Balance, 417.

2. Hedaya, 865 366 ; Zahir Rawayet : Réunion de quatre ouvrages célèbres.

parce que les témoins du demandeur ont eu leur honorabilité certifiée par le défendeur (1).

Ainsi la partie à qui on oppose un témoin ne peut servir de mozakki en faveur de ce témoin, il faudra recourir à la tazkieh (2).

Si le cadi connaît le témoin, ou si celui-ci a les dehors de l'honorabilité, il n'y aura lieu à la tazkieh que sur la demande de la partie intéressée (3).

Si la physionomie du témoin est défavorable, ou si elle ne fournit aucun renseignement, il faudra aussi une enquête (4).

Si le cadi connaît le témoin de vue, on pourra procéder à la tazkieh sans que le témoin soit présent, sinon il faudra que le témoin compareisse; cela à cause du rôle que jouent les dehors du témoin (5).

A l'heure actuelle en Algérie les cadis malékis ne procèdent le plus souvent à la tazkieh que si la partie intéressée l'exige.

Le cadi peut se renseigner en secret : l'enquête secrète sur un témoin est faite par un mozakki, auxiliaire du cadi, le cadi envoie une lettre confidentielle au mozakki, qui répond de même au cadi (6).

1. Hedaya, 365, 366.

2. Khalil Perron, V, 232 ; Seignette, 1549 ; Minhadj, III, 381 ; Fath al Qarib, 685.

3 et 4. Tohfât, 106 à 110.

5. Tohfât, 106 à 110.

6. Hedaya, 356.

Pour l'enquête publique, le cadi convoque le mozakki et les témoins, et préside à l'enquête. L'auteur de la « Hedaya » fait remarquer que du vivant du Prophète, et de ses compagnons, on procédait toujours par voie d'enquête publique, mais qu'à l'époque où il écrit on se sert uniquement de l'enquête secrète pour éviter des querelles entre mozakkis et témoins. On procède ainsi, selon un conseil de Mohammed (1).

En Algérie l'enquête publique n'est pas employée de nos jours, du moins il en est ainsi dans plusieurs mahakmas.

Il faut deux mozakkis en rite maléki ; d'après Ibn Al Qasim, certains auteurs en exigeraient le plus possible (2).

Chez les Hanéfis, Mohammed soutient qu'il faut deux mozakkis comme il faut deux témoins pour faire preuve, Abou Hanifa et Abou Youçof opinent qu'un seul suffit, car il n'y a pas une analogie absolue entre la tazkieh et le témoignage, en effet le mozakki n'est pas tenu d'employer la formule : « J'atteste » (3).

D'après certains juristes, au dire de Mohammed, il faudrait quatre mozakkis pour établir l'honorabilité d'un témoin qui dépose sur un fait de cohabitation illicite (4).

1. Hedaya, 356.

2. Khalil Perron, V, 204 ; Seignette, 1521 ; Tohfât, III ; Miyar, I, 311, 312.

3. Hedaya, 356.

4. Hedaya, 357.

Il est à remarquer que deux individus peuvent dans la même affaire être mozakkis de plusieurs témoins.

Pour l'enquête secrète un seul mozakki suffit, mais deux sont préférables (1).

En rite hanéfi et maléki, la tazkieh n'a lieu qu'après la déposition des témoins; en rite chaféi, on procède à la tazkieh avant que le témoin ait déposé (2).

Le mozakki n'a pas à employer la formule : « J'atteste que. » Nawawi cependant exige cette formule (3).

La teneur de la déclaration du mozakki varie selon que le mozakki déclare un individu « témoin honorable » ou qu'il certifie qu'il ne l'est pas. Il n'est pas exact, selon nous, d'affirmer que le « certificateur » n'a pas besoin de motiver la déclaration qu'il fait « au juge » et qu'« il se borne à donner à ce dernier « son opinion sur le témoin, sans expliquer sur quoi « il base cette opinion (4). »

Premier cas. — Le mozakki déclare le témoin acceptable. — Il n'est pas besoin qu'il dise pourquoi, il suffit qu'il affirme : « Le témoin est un homme honorable et de probité »; selon Charani, Chaféi veut qu'il ajoute : « envers et contre tous » (5). Quelques

1. Khalil Perrron, V, 204; Seignette, 1520; Tohfât, 112.

2. Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 72; Ohsson, VI, 220; Tohfât, 62; Fath al Qarib, 697.

3. Hedaya, 356; Minhadj, III, 380.

4. Pfender, thèse, 43.

5. Khalil Perrron, V, 204; Seignette, 1522; Charani, Balance, 417.

auteurs exigent que le mozakki déclare non seulement que le témoin est honorable, mais encore qu'il est « libre »; la majorité estime que la liberté d'un individu est suffisamment présumable sans que le mozakki l'affirme (1).

Deuxième cas. — Le mozakki conclut au rejet du témoin. — Abou Hanifa se contente ici encore de la déclaration pure et simple du mozakki; les docteurs des autres rites estiment au contraire que le mozakki doit indiquer sur quoi il base son dire. Selon Charani, Malek en dispenserait le mozakki, si celui-ci connaissait lui-même quelles sont les causes qui peuvent faire récuser un témoin, et si le mozakki était un homme d'une irréprochabilité notoire (2).

Si deux mozakkis affirment la droiture du témoin et deux autres la nient, la déclaration de ces derniers l'emporte, ils ont en effet déclaré des faits précis, que les autres mozakkis pouvaient ignorer, et qui sont destructibles de l'honorabilité du témoin (3). « La preuve qu'un témoin est d'une inconduite notoire, dit Nawawi, a la valeur d'un fait positif et a toujours la prépondérance sur la preuve de la circons-
« constance négative qu'il est irréprochable, à moins
« que la personne qui soutient l'irréprochabilité ne

1. Hedaya, 356.

2. Khalil Perron, V, 204; Ssignette, 1523; Charani, Balance, 417; Minhadj, III, 380.

3. Khalil Perron, V, 204; Tohfah, 114.

« puisse motiver son opinion par un fait positif, par
« exemple si elle déclare que le témoin, bien que jadis
« d'une inconduite notoire, a changé de conduite, et
« est devenu depuis un citoyen honorable (1). »

Le raisonnement de Nawawi est celui-ci : les mozakkis qui disent le témoin irréprochable déclarent au fond qu'ils ne connaissent pas chez lui de cause de récusation ; les mozakkis qui affirment qu'il est réprochable précisent leur déclaration, ils disent : le témoin a fait telle chose qui prouve son inconduite ; ils affirment donc bien un fait positif.

Une autre raison d'écarter le témoin, en cas d'opinions contradictoires des mozakkis, est que les déclarations contraires des mozakkis s'annulant, l'honorabilité reste à établir (2).

Lorsqu'un mozakki a servi avec un autre à prouver l'honorabilité d'un témoin, il ne peut après le jugement établir avec le concours d'un autre mozakki que le témoin n'était pas honorable (3).

SECTION VIII. — *Nombre des témoins.*

Le nombre des témoins généralement requis est de deux hommes ou d'un homme et deux femmes (4).

1 et 2. Minhadj, III, 380.

3. Miyar, II, 491.

4. Coran, Sourate II, v. 282 ; Sourate V, v. 105 ; Khalil Perron, V, 240, 241 ; Seignette, 1562 ; Tohfât, 139 ; Hedaya, 353 ; Ohsson, VI, 198.

El Bokhari rapporte à ce sujet l'anecdote suivante : Un enterrement passe devant Omar, on fait l'éloge du défunt et Omar de dire : « Il lui est assuré ». Omar fait cette même réflexion lorsqu'on blâme la conduite d'un autre mort dont le convoi vient à passer. On demande à Omar de s'expliquer : « Je répète, expose-
« t-il, les paroles que prononçait le Prophète, à sa-
« voir que tout musulman sur lequel quatre autres
« porteraient un témoignage favorable serait admis
« par Dieu au Paradis. Et comme nous demandions
« au Prophète si le témoignage de trois suffirait, il
« répondit que oui. Puis, comme nous lui parlions de
« deux seulement, il nous dit que deux aussi suffi-
« saient. Mais nous ne l'interrogeâmes pas au sujet
« du témoignage d'un seul (1). »

Pour faire la preuve de la cohabitation illicite, un plus grand nombre de témoins est exigé, il en faut quatre du sexe masculin (2).

Selon Charani, Malek comprendrait le mari parmi les témoins attestant l'adultère, il ne faudrait donc plus que trois témoins avec lui (3). D'après le même auteur, Abou Hanifa se contenterait de deux témoins mâles pour établir le crime de sodomie, dans les

1. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 209, 210.

2. Khalil Perron, V, 237; Seignette, 1557; Charani, Balance, 482 ; Hedaya, 352; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 75, Minhadj, III, 408; Fath al Qarib, 705.

3. Charani, Balance, 253.

autres rites sunnites il faut quatre témoins, quel que soit le genre de cohabitation illicite à établir : adultère, stupre, sodomie ou bestialité (1).

En toute autre matière deux témoins suffisent, cela est si vrai que, d'après Ibn Roushd, lorsqu'une personne reçoit un paiement, elle n'est pas obligée de reconnaître le paiement devant plus de deux témoins (2).

M. Cadoz rapporte que, malgré le Coran, les cadis de Fez exigent huit ou dix témoins pour établir un fait lorsqu'il n'y a pas d'écrit, cela à cause de la corruption coutumière des témoins. M. Cadoz donne ce renseignement qu'il tient d'un cadi de Mascara (3). Nous avons eu sur la question le renseignement suivant : Si une partie produit deux témoins honorables, ce nombre suffit, la preuve est faite ; si les témoins sont des gens du vulgaire, n'ayant pas grand crédit, il en faudra six ou même douze d'après les recommandations de Taoudi ben Saouda, cadi de Fez. Selon ce Taoudi ben Saouda, il faudra s'assurer de l'identité des témoins pour éviter qu'un même individu puisse déposer plusieurs fois dans un même procès en usant de travestissements (4).

Lorsque des femmes déposent seules, il en faut

1. Charani, *Balance*, 482.

2. Miyar, II, 490.

3. Cadoz, *Initiation à la Science du Droit Musulman*, 56.

4. Opinion rapportée par M. Medjaoui.

quatre en rite chaféi (1), deux en rite maléki (2). Pour le rite hanéfi deux ou une; au dire de Charani, il en faudrait généralement deux, mais une suffirait lorsqu'il s'agit d'établir l'identité d'une des parties. D'après la « Hedaya », il semble au contraire que les Hanéfis se contentent de la déposition d'une seule femme lorsqu'il s'agit d'un fait qui échappe par pudeur à la connaissance des hommes. Ce qui motive le principe que les femmes seules suffisent à établir un de ces faits, c'est que l'examen de ce fait par des femmes offre moins d'indécence que s'il avait lieu de la part d'hommes. Or cet examen est encore moins indécemment de la part d'une seule femme que de la part de plusieurs (3).

Les Hambalis n'exigent jamais que le témoignage d'une seule femme, Hambal en exige deux dans sa dernière opinion (4).

Nous voyons donc que dans les rites hanéfi et hambali la déposition d'une seule femme peut suffire. Le témoignage d'un seul homme peut aussi faire preuve complète mais dans des hypothèses plus rares. En dehors des cas où un seul homme suffit pour traduire au cadî le dire d'un témoin ou d'une partie,

1. Fath al Qarib, 707; Minhadj, III, 408; Hedaya, 351.

2. Tohfât, 141; Khalil Perron, V, 244-245; Seignette, 1564, 1565; Charani, Balance, 437.

3. Charani, Balance, 437; Hedaya, 354.

4. Charani, Balance, 437.

constater l'identité d'une partie, certifier à un cadi la sincérité d'un rescrit envoyé par un autre cadi (1), il faut citer encore les suivants où un seul témoin suffit : un seul témoin fait preuve de la religion d'un individu mort pour faire attribuer au cadavre une sépulture musulmane, un seul fait preuve de l'apparition de la nouvelle lune du ramadan, enfin un médecin déposant sur un fait qui relève de sa profession suffit à faire preuve (2). Nous voyons donc qu'on ne peut prétendre qu'il n'y a pas d'exception à la règle de la pluralité des témoins (3).

Nous nous occuperons au chapitre du « Serment » de la preuve faite par un témoin unique et le serment de la partie.

SECTION IX. — *Obligation pour le témoin
de connaître la partie.*

Nul ne peut témoigner d'un fait à propos d'une personne qu'il ne connaît pas et qu'il ne peut désigner par son nom et sa généalogie, ou si la personne est présente à l'audience, s'il ne peut la montrer du doigt. S'il ignore le nom de la personne et si la personne n'est pas présente, il ne peut déposer contre elle, à

1. Charani, Balance, 414.

2. Sachau, témoignage, texte § 26. Fath al Qarib, 705 ; Minhadj, III, 407.

3. Pfender, thèse 47.

moins qu'il ne puisse en donner un signalement suffisant à la faire connaître (1). Dans ce dernier cas le *cadi* devra se borner à enregistrer que tel témoignage a été porté sur telle personne supposée être un tel fils d'un tel (2); il convient en effet d'être certain de la personne qui est en jeu pour ne pas condamner un innocent ou prononcer un jugement déclarant débitrice une personne qui ne l'est pas. Ces confusions seront évitées si on s'assure que la déposition du témoin s'applique bien à une personne nettement désignée. En pratique on se contente du fait que le témoin s'en rapporte pour l'identité de la partie à l'affirmation de deux personnes irréprochables (3). D'après Ibrahim Halebi, en matière criminelle le témoin doit désigner le coupable par ses noms, ses surnoms et son domicile pour éviter les confusions; il ne suffit pas qu'il déclare le connaître de vue (4).

Lorsque des témoins seconds rapportent le témoignage de témoins premiers déclarant qu'une personne doit tant au plaignant, si les témoins seconds disent ne pas savoir si la personne présentée comme défendeur est la personne en question, le demandeur devra établir par témoins l'identité de cette personne (5).

1. Khalil Perron, V, 254; Seignette, 1581; Minhadj, III, 412.

2. Khalil Perron, V, 254; Seignette, 1582.

3. Minhadj, III, 412.

4. Ohsson, VI, 220.

5. Hedaya, 371.

La question devient délicate lorsque la partie au sujet de laquelle on dépose est une femme qui se présente voilée à l'audience, les témoins ne devront pas se fier à sa voix, la femme devra se dévoiler afin que les témoins soient certains de son identité(1). Nawawi excepte le cas où les témoins reconnaîtraient la femme voilée et sauraient son nom et sa généalogie (2). Si les témoins savaient la généalogie de la partie, nous avons vu en effet qu'ils pouvaient témoigner même en son absence. Selon Al Haffar, il n'est pas nécessaire que les témoins du mariage voient le visage de la jeune fille ; ils pourront témoigner s'ils la reconnaissent drapée dans son vêtement (3). Khalil le permet dans tous les contrats, lorsque les témoins viendront affirmer qu'une femme voilée, qu'ils ne reconnaissent que voilée, les a appelés comme témoins. Mais si la femme nie le fait, les témoins seront tenus de désigner la femme au milieu d'autres femmes (4).

SECTION X. — *Formes du témoignage.*

§ 1. — Généralités.

Une déclaration, pour être un témoignage valable, doit nécessairement commencer par les mots : « J'at-

1. Khalil Perron, V, 254 ; Seignette, 1585 ; Minhadj, III, 412.

2. Minhadj, III, 412.

3. Miyar, I, 397.

4. Khalil Perron, V, 255 ; Seignette, 1584.

tête » « schchadet », cette formule est indispensable et aucun équivalent ne saurait la remplacer. Si le témoin disait : « Je connais, ou je connais comme certain » sans user du terme : « J'atteste », sa déposition ne serait pas prise en considération parce que l'emploi du terme : « J'atteste » offre de sages précautions, en effet lorsqu'on a le choix entre plusieurs expressions, on prend bien moins garde de ne pas employer l'une d'elles à faux (1). Cependant si un témoin omettait d'employer le terme : « J'atteste » et qu'après il déclarait cette omission et la réparait, son témoignage serait admis même s'il ne faisait pas la rectification à la même audience que sa déposition, pourvu que le témoin fût un juste (2).

Par contre, le témoin n'est pas d'une façon générale soumis à la nécessité de prêter serment, nous avons même vu que celui qui prêterait serment sans en être requis serait récusable. Cependant le cadi qui a quelque doute sur la sincérité d'un témoignage peut exiger le serment du témoin (3) et il est recommandé par le cheik Omar ben Abdel Aziz el Amaoui de faire jurer les témoins lorsque l'on constate que dans un pays il y a beaucoup de menteurs ou qu'à une époque le mensonge est répandu dans les mœurs, mais

1. Hedaya, 355; Ohsson, VI, 218.

2. Hedaya, 365.

3. Khalil Perron, V, 211.

cela n'est point une obligation imposée par la loi au cadi (1). Cela est admis par tous les rites.

Ces formes s'appliquent à toute espèce de témoignage. Le droit musulman connaît en effet différents degrés de témoignages : témoignage direct et témoignage indirect, celui-ci se divisant en témoignage rapporté et témoignage par commune renommée. Le témoignage direct a une sphère d'application très large, il est toujours recevable, les autres modes sont au contraire restreints dans leur application à cause de leur degré moindre de véracité.

Examiner les trois espèces de témoignage et les cas où ils sont recevables c'est répondre à la question : Que doit avoir vu le témoin ? Sur quoi son témoignage doit-il être fondé ?

Le témoignage doit être fondé sur une connaissance parfaite de la circonstance sur laquelle on dépose (2). Le témoin ne peut témoigner des choses dont il n'est pas certain. Selon Ibrahim Halebi, le Prophète a dit : « Rendez témoignage à la vérité, mais seulement alors que le fait est à vos yeux aussi clair que le soleil » (3), et dans le passage du Coran où est rapportée l'histoire de Joseph qui a caché un objet dans le sac de Benjamin, Joseph s'adressant à ses

1. Opinion du cheik Omar ben Abdel Aziz el Amaoui (80 de l'hégire), rapportée par M. Medjaoui.

2. Ohsson, VI, 214-215.

3. Ohsson, VI, 215,

frères parle ainsi : « Retournez auprès de votre père, et dites-lui : « O notre père ! Ton fils a commis un vol : « nous ne pouvons témoigner excepté de ce qui est « à notre connaissance, et nous ne pouvions nous « tenir en garde contre les choses imprévues (1). » L'individu qui déclare un fait qu'il ignorait est puni, même si le fait était vrai (2).

En principe la connaissance du fait doit avoir été acquise directement, c'est-à-dire que le témoin doit avoir vu lui-même le fait sur lequel il dépose (3).

On conçoit cependant qu'il y a des cas où le fait lui-même n'a pu être saisi et il faudra se contenter d'un témoignage déplacé, permettant d'arriver cependant à des conclusions assez certaines.

Exemple : le fait à établir est la mort par naufrage d'un individu, dont la femme veut se remarier. Selon Abou Saïd Faradj ibn Loubb, les témoins déposeront qu'un tel s'est embarqué sur tel navire, qu'ils ne savent pas qu'il ait débarqué à une des escales du navire, que le navire a disparu dans telle région, qu'ils savent par commune renommée d'hommes dignes de foi que le navire a sombré, que très probablement les passagers ont péri et qu'ils n'ont jamais eu de nouvelles de l'individu (4). D'autres faits seront difficiles

1. Coran, Sourate XII, 81.

2. Khalil Perrou, V, 146.

3. Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 71; Minhadj, III, 411.

4. Miyar, II, p. 18 à 21.

à prouver par des témoins y ayant assisté parce que ces témoins seront empêchés de déposer par la mort ou par la maladie. C'est pourquoi le témoignage indirect est admis à côté du direct.

Le témoignage indirect est susceptible d'une précision plus ou moins grande. Le témoin peut tenir le fait de la rumeur publique, le connaître par des oui dire plus ou moins vagues, ou bien il est en position de désigner celui dont il a appris le fait, il peut même avoir été requis par cet individu d'aller témoigner en ses lieu et place. Cette forme précise du témoignage indirect est le témoignage rapporté, Chahadet el-nak'l.

§ 2. — Témoignage rapporté.

Il faut que les paroles rapportées par le témoin aient eu le caractère d'une déposition, il ne suffit pas de paroles imprécises. Pour cela il faudra que le témoin premier ait dit au témoin second : « Témoigne à ma place de telle chose (1). » Le témoin second est en effet considéré comme un mandataire du témoin premier.

Il ne suffirait pas d'entendre dire par le témoin premier à un individu : « Témoigne à ma place de tel fait » pour pouvoir soi-même rapporter le témoi-

1. Khalil Perron, V, 273 ; Seignette, 1610 ; Hedaya, 357 et 370 ; Minhadj, III, 417.

gnage ; si le témoin premier a choisi un mandataire déterminé, c'est qu'il l'a voulu (1).

Toutefois, il n'est pas nécessaire d'avoir été chargé de rapporter le dire du témoin, si celui-ci avait fait sa déposition à l'audience du *cadi* (2), il y a dans cette hypothèse une invite à tous ceux qui sont là de répéter la déposition, le cas échéant.

Le témoin secondaire doit témoigner de la façon suivante : « Saïd m'a requis de rapporter son témoignage », sinon le dire du témoin second ne fera pas preuve (3).

Pour que ce témoignage soit admis, il faut trois conditions chez le témoin premier :

1° Le témoin premier doit être empêché ou dispensé de se transporter à l'audience du *cadi*. Les causes d'empêchement légitime sont : l'absence, la mort, la maladie, l'éloignement ou la folie (4). L'empêchement pour cause de folie ne doit pas être admis par les Hanéfis qui estiment que lorsqu'un témoin devient fou entre sa déposition et le jugement, sa déposition ne doit pas être tenue pour valable ;

2° Le témoin premier ne doit pas être indigne ou

1. Hedaya, 357 et 370.

2. Hedaya, 370 ; Khalil Perron, V, 273 ; Seignette, 1610 ; Minhadj, III, 417.

3. Hedaya, 370.

4. Hedaya, 369, 370 ; Ohsson, VI, 229 ; Khalil Perron, V, 274 ; Seignette, 1612, 1613 ; Minhadj, III, 418 ; Charani, Balance, 436.

récusable, une cause d'indignité ou de récusation survenant entre sa déposition et celle que fait en son nom le témoin second suffirait à anéantir son témoignage (1).

3° Le témoin premier doit n'avoir pas rétracté son témoignage pour que le témoin second puisse le rapporter (2).

Pour rapporter un témoignage, il faut que le témoin second soit lui-même capable d'être témoin. Selon Charani, Hanifa admet les femmes comme témoins seconds, tandis que Malek et Hambal ne les admettent pas. Au dire de Nawawi, Chaféi les exclut aussi. L'opinion de Charani est combattue par celle de Khalil pour ce qui est du rite maléki : les femmes, d'après Khalil, peuvent être témoins seconds dans les procès où leur témoignage peut faire preuve en compagnie du témoignage d'un homme (3).

Les témoins seconds doivent indiquer le nom des témoins premiers (4). Il n'est pas nécessaire qu'ils en garantissent l'honorabilité, mais rien ne s'oppose à ce qu'ils attestent cette honorabilité (5). Chez les

1. Khalil Perron, V, 274 ; Seignette, 1614 ; Ohsson, VI, 230 ; Minhadj, III, 419.

2. Khalil, Seignette, 1615 ; Hedaya, 371 et 375 ; Ohsson, VI, 230.

3. Khalil Perron, V, 276-277 ; Seignette, 1620 ; Charani, Balance, 450 ; Minhadj, III, 418.

4. Charani, Balance, 436 ; Hedaya, 370 ; Minhadj, III, 420.

5. Minhadj, III, 420 ; Khalil Perron, V, 276 ; Seignette, 1619.

Hanéfis, si les témoins seconds gardent le silence sur l'honorabilité des témoins premiers, l'opinion d'Abou Youçof est que le cadi devra faire une enquête sur la moralité des témoins premiers mais que la déposition n'est pas nulle à cause du silence des témoins seconds. Mohammed est d'avis contraire (1).

Pour rapporter un témoignage, il faut deux témoins seconds ; les deux mêmes témoins seconds peuvent rapporter le témoignage de deux témoins premiers (2).

Cependant Nawawi constate que quelques juristes exigent deux témoins seconds distincts par témoin premier, de sorte que dans un procès où il y a deux témoins premiers, il faudra quatre témoins seconds ; pour rapporter le dire d'un homme et de deux femmes il faudrait six témoins seconds. L'auteur de la « Hedaya » qui relate aussi cette opinion, fait observer qu'elle n'est pas suivie en pratique (3).

Pour établir un fait de cohabitation illicite, il faudrait quatre témoins seconds selon Khalil (4). Ce passage de Khalil nous paraît inexpliqué, Khalil n'admettant pas, ainsi que nous le dirons plus bas, que le témoignage rapporté fasse preuve des crimes punis de peines corporelles.

1. Hedaya, 371.

2. Khalil Perron, V, 275 ; Seignette, 1617 ; Minhadj, III, 419.

3. Minhadj, III, 419 ; Hedaya, 370.

4. Khalil Perron, V, 275 ; Seignette, 1617.

Le témoignage rapporté n'est pas admis en toutes matières, il apparaît comme moins sincère que le témoignage direct; une déclaration qui passe de bouche en bouche peut s'altérer, d'autant plus que le témoignage peut faire l'objet de transmissions successives. A cause du manque de sincérité absolue, le témoignage rapporté n'est pas admis pour établir un fait puni d'une peine corporelle ou entraînant application du talion (1). Nawawi remarque qu'en rite chaféi ce mode de témoignage est accepté en matière pénale, mais seulement si la peine qui peut être prononcée est une peine rémissible (2).

Il faut noter la possibilité de combiner le témoignage rapporté et le direct : on peut prouver un fait au moyen d'un témoin direct, et de deux témoins seconds rapportant le dire d'un témoin premier (3).

§ 3. — Commune renommée.

La deuxième espèce de témoignage indirect est le témoignage par commune renommée. Le témoin se base pour faire sa déposition sur ce qu'il a entendu dire par des gens réputés probes et véridiques et assez nombreux pour qu'on ne puisse concevoir qu'il y a accord entre ces gens pour inventer une histoire.

1. Khalil Perron, V, 275 ; Hedaya, 370 ; Ohsson, VI, 229.

2. Minhadj, III, 417.

3. Hedaya, 370 ; Khalil Perron, V, 276 ; Seignette, 1619.

Le témoignage fondé sur la commune renommée diffère du témoignage rapporté en ce que le témoin qui dépose devant le cadî ne tient pas ce qu'il sait de personnes individuellement désignées (1).

Il semblerait que les témoins aient dû déclarer qu'ils ont entendu raconter ce qu'ils disent par un grand nombre de personnes ; cependant les auteurs se montrent assez faciles : on peut déposer d'un fait dont on a appris l'existence par deux personnes (2). Deux personnes suffisent à figurer la rumeur publique.

Ce mode de preuve est plus nécessaire qu'en droit français, la rédaction d'un écrit est une chose rare, les registres de l'état civil sont inconnus, bien souvent les parties ne pourront retrouver des témoins directs qui sont morts, absents ou disparus sans avoir constitué des témoins seconds.

En général les faits susceptibles d'être prouvés de cette façon sont des faits anciens remontant à dix ou vingt ans (3) ou qui n'ont pas eu lors de leur accomplissement beaucoup de témoins, sans que cela soit reprochable à la partie.

L'énumération de ces faits varie dans le détail selon les rites.

Ce sont dans tous les rites « l'investiture et l'exer-

1. Khalil Perron, V, 237

2. Minhadj, III, 413 ; Hedaya, 358.

3. Khalil Perron, V, 259 ; Seignette, 1589.

cice des fonctions de cadi — la charge a été conférée par le Sultan et l'acte d'investiture n'a eu pour témoins que les vizirs — le mariage, les décès, l'accouchement — qui n'ont eu que peu de témoins — la parenté (1).

Dans le rite maléki on peut prouver de même la constitution d'un hobous, l'affranchissement d'un esclave, une disposition testamentaire, la dissolution d'un mariage, la prodigalité, l'irréligion d'un individu, un fait de brigandage, la parenté par le lait, la grossesse, les mauvais traitements d'un époux envers l'autre, enfin la propriété ou seulement la possession d'après certains auteurs (2).

Les auteurs chaféïs ne sont pas d'accord sur le point de savoir si l'on peut prouver par commune renommée le hobous, l'affranchissement, la propriété, la majorité semble l'admettre, bien que Nawawi ne soit pas du côté de cette majorité (3).

Le rite hambali admet la commune renommée dans les mêmes proportions que le rite chaféï, nous dit Charani (4).

Les rites qui admettent la possibilité de prouver par la commune renommée le hobous ou la propriété

1. Charani, Balance, 443 ; Tohfât, 177 à 182 ; Minhadj, III, 413.

2. Khalil Perron, V, 258 à 260 ; Seignette, 1588 à 1590 ; Tohfât, 177 à 182 et 439, 440 ; Charani, Balance, 441.

3. Minhadj, III, 413, 414 ; Charani, Balance, 441.

4. Charani, Balance, 441.

exigent que la constitution du *hobous* ou la possession soient anciennes.

Tous les rites exigent que le fait que l'on veut prouver soit « exempt du moindre doute, pouvant « faire supposer la mauvaise foi ou le mensonge », ainsi que dit Ebn Acem (1).

Le témoignage par commune renommée doit être rapporté par deux personnes au minimum (2).

Khalil exige de plus le serment de la partie en faveur de qui la déposition est faite (3), nous n'avons pas vu exiger cette condition par les autres auteurs, il ne semble pas qu'en pratique le serment soit requis.

Selon Khalil, le témoin devra dire : « J'ai toujours entendu dire, parmi les gens de véracité reconnue, telle et telle chose. » L'auteur de la « *Hedaya* » exige que le témoin déclare d'une façon absolue : « A est fils de B » par exemple, sans ajouter : « Je témoigne de ceci parce que je l'ai entendu dire » ; s'il ajoutait cette dernière explication, son témoignage serait nul (4).

1. *Tohfât*, 184.

2. Khalil Perron, V, 529 ; *Seignette*, 1589 ; *Tohfât*, 185.

3. Khalil Perron, V, 259 ; *Seignette*, 1589.

4. Khalil Perron, V, 257 ; *Hedaya*, 358.

SECTION XI. — *Modification et rétractation
du témoignage.*

§ 1. — *Modification du témoignage.*

Même avant le jugement une déposition une fois faite n'est pas, en règle générale, susceptible de modifications ou d'additions de la part de celui dont elle émane(1). Si le témoin venait à modifier sa déclaration, on ne tiendrait compte ni de son second, ni de son premier témoignage, car ce témoin devient suspect (2).

Cependant on admettrait qu'un homme d'une honnêteté supérieure revienne sur sa déclaration, même si son témoignage ne concordait pas avec les prétentions du demandeur ; on admettrait aussi un homme juste à modifier sa déclaration avant le jugement s'il donnait pour cela de bonnes raisons (3). On permet ainsi à un témoin, avant de sortir de l'audience et avant le prononcé du jugement, de déclarer qu'il a déposé en partie sous l'influence de la crainte, et a pour cela omis une part de la vérité, ou a dit une chose fausse. Le trouble du témoin peut s'expliquer par l'émotion qu'il a ressentie en présence du cadi ; il conviendra alors de retenir comme

1. Tohfât, 133 ; Hedaya, 364.

2. Khalil Perron, V, 277 ; Seignette, 1621.

3. Khalil Perron, V, 200 ; Seignette, 1516 ; Tohfât, 134, 135.

valable la partie du témoignage à laquelle s'attache le témoin et de ne tenir compte que de cette partie.

On admettra aussi une rectification faite par le témoin, à la même audience que la première déclaration, de certaines circonstances du témoignage qui peuvent donner lieu à erreur, par exemple le témoin a dit: « Est au lieu de Ouest », en indiquant les limites d'une propriété; « Mohamed fils d'Ahmed » au lieu de « Mohamed fils d'Ali », en exposant la généalogie d'un individu. Pour des choses non douteuses de telles rectifications ne sont point admises.

Toutes ces modifications devront avoir lieu avant que leur auteur ne soit sorti de la salle d'audience, sinon on peut craindre une collusion du témoin avec le plaignant. « Il a été relaté, ajoutel l'auteur de la « Hedaya », comme une opinion d'Hanifa et d'Abou Youçof, que si une addition ou une modification « était faite après la délivrance du témoignage, elle « devrait être admise quoique faite à une audience « différente, mais la première doctrine est de beaucoup la plus authentique, et c'est elle qui est suivie en jurisprudence (1). »

Pour ce qui est du témoignage des mineurs dans les cas où il est admis, si les mineurs modifient leurs dépositions, on ne tient pas compte des modifications qu'ils y apportent et leurs dépositions premiè-

1. Hedaya, 365.

res demeurent acquises (1). En effet on espère que la première déclaration est faite en toute franchise, et que c'est ensuite que le témoin est amené à mentir. Cependant si le jugement est différé jusqu'à ce que les témoins soient devenus majeurs, on tient compte des modifications apportées aux témoignages comme s'il s'agissait des dépositions de témoins majeurs (2).

§ 2. — Rétractation du témoignage.

Redjou ech Chouhoud.

La rétractation des témoins survenant avant que le jugement ne soit rendu empêche le cadi de juger en se basant, pour prononcer sa sentence, sur les témoignages rétractés et dans ce cas les témoins ne doivent pas une réparation pécuniaire puisqu'ils n'ont occasionné aucun dommage aux parties.

Si les témoins se rétractent après que le jugement a été rendu, le jugement ne sera pas pour cela révoqué mais les témoins sont tenus de réparer les dommages qu'ils ont causés (3).

La rétractation, pour être valable, doit être faite en

1. Khalil Perron, V, 236; Seignette, 1556.

2. Khalil Perron, V, 236.

3. Charani, Balance, 435; Hedaya, 372; Khalil Perron, V, 277, 278; Seignette, 1621, 1624; Minhadj, III, 420; Tohfah, 135, 136.

présence d'un cadi, puisqu'elle détruit un témoignage qui a été donné en la présence d'un cadi et qu'il est de principe que le repentir doit être manifesté publiquement lorsque la faute a été commise en public (1).

Une partie peut toujours faire vérifier si les témoins se sont rétractés, à la condition qu'elle prouve que la rétractation a eu lieu devant le juge, dit l'auteur de la « Hedaya », sinon cela serait inutile, car la rétractation ne serait pas valable ; la partie pourra même demander que les témoins affirment par serment ne s'être pas rétractés (2).

Enfin une rétractation n'est pas susceptible d'être elle-même rétractée (3).

Même après la rétractation de certains témoins, le jugement peut intervenir, s'il reste assez de témoins pour soutenir l'accusation. Par exemple : il y avait trois témoins, si un seul se rétracte, le cadi peut juger, et si la rétractation a eu lieu après le jugement, les témoins ne sont pas responsables pécuniairement, puisqu'il y a encore assez de gens pour soutenir la prétention de la partie qui a triomphé. Certains savants, au dire de Nawawi, condamnent les témoins même dans ce cas, à des dommages-intérêts propor-

1. Hedaya, 373.

2. Hedaya, 373 ; Khalil Perron, V, 283 ; Seignette, 1634.

3. Khalil Perron, V, 283 ; Seignette, 1635.

tionnés à leur nombre et à celui des témoins restants (1).

En matière d'intérêt pécuniaire, les témoins rétractant qui sont par suite de faux témoins sont condamnés à des dommages-intérêts dont la quote-part est susceptible de variations.

Si la totalité des témoins entendus n'excédait point le nombre requis par la loi, les témoins qui se sont rétractés, sont redevables de dommages et intérêts, dont la quote-part varie avec le nombre de témoins requis. Par exemple : il fallait deux témoins et il n'y en avait eu que deux, un se rétracte, il doit payer la moitié des dommages causés, si les deux se rétractent, ils paient la totalité des dommages.

Si la totalité des témoins entendus excédait le nombre minimum requis par la loi, les témoins qui se sont rétractés sont responsables des dommages en proportion avec le nombre des témoins requis. S'il y avait, par exemple, trois témoins alors que deux seulement étaient nécessaires, si deux témoins se rétractent, ces deux témoins doivent payer un demi des dommages. Selon certains auteurs, au dire de Nawawi, les témoins devront payer une quote-part des dommages, calculée d'après le nombre de témoins qui ont déposé, dans l'hypothèse deux tiers (2).

1. Ohsson, VI, 227 ; Hedaya, 373 ; Khalil Perron, V, 303 ; Seignette, 1657 ; Minhadj, III, 423.

2. Khalil Perron, V, 300 et 303 ; Seignette, 1654 et 1657 ; Hedaya, 373 ; Minhadj, III, 423.

La question est un peu plus compliquée, quand le témoignage avait été fourni par des hommes et des femmes.

S'il y avait eu un homme et deux femmes et que l'homme se rétracte, il devra la moitié des dommages, si les deux femmes se rétractent, elles devront aussi la moitié à elles deux ; si une seule femme se rétracte elle devra un quart des dommages.

Si un homme et huit femmes avaient déposé, et que six femmes se rétractent, elles ne devront rien, parce que la preuve reste établie par les dépositions d'un homme et de deux femmes. Si sept femmes se rétractent, elles sont à elles sept responsables d'un quart des dommages ; en effet, la prétention de la partie qui a eu gain de cause reste établie pour les trois quarts (1).

Si les huit femmes et l'homme se rétractent, Hanifa, à l'encontre d'Abou Youçof, soutient que l'homme est responsable des dommages pour un cinquième et les femmes pour quatre cinquièmes. Hanifa raisonne ainsi : deux femmes sont comptées pour un homme, si huit femmes plus un homme avaient témoigné, on peut dire pour établir la responsabilité en cas de rétractation, qu'il y avait cinq témoins, donc l'homme ne devra qu'un cinquième, et les huit femmes les quatre autres cinquièmes (2).

1. Hedaya, 374 ; Minhadj, III, 424.

2. Hedaya, 374.

Ce raisonnement est suivi par Nawawi si le fait à établir était la parenté par le lait, fait qui s'établit aussi bien par le témoignage d'un homme plus deux femmes, que par celui de quatre femmes. Si la partie avait produit pour soutenir sa prétention un homme plus quatre femmes, et si tous se rétractent, l'homme devra un tiers et les quatre femmes réunies les deux tiers des dommages; mais Nawawi fait remarquer que certains auteurs appliquent le raisonnement suivi pour la parenté par le lait, c'est-à-dire pour les faits qui s'établissent par des femmes seules, au cas où il s'agit d'un intérêt pécuniaire qui se prouve par le témoignage d'un homme et de deux femmes (1).

Selon l'auteur de la « Hedaya », si deux hommes et une femme témoignent en matière de propriété, et si tous se rétractent, la femme ne sera nullement responsable, car le fait était établi sans elle, elle n'a pas contribué à soutenir la prétention de la partie qui a triomphé (2).

Selon Khalil dans les affaires de parenté par le lait, l'homme témoin est compté pour deux femmes au point de vue des responsabilités en cas de rétractation, bien que cela paraisse contraire à l'esprit du rite, où le témoignage d'une femme en la matière a la même valeur que celui d'un homme (3).

1. Minhadj, III, 424.

2. Hedaya, 374.

3. Khalil Perron, V, 302 ; Seignette, 1655.

Nous avons vu que s'il reste assez de témoins pour soutenir la prétention de la partie qui a eu gain de cause, les témoins qui se sont rétractés n'avaient aucune responsabilité à supporter. Il peut se faire que par la suite d'autres témoins se rétractent, s'il n'en reste plus assez pour faire la preuve, tous ceux qui se sont rétractés contribueront à payer les dommages (1).

Si un témoin se rétracte pour partie, par exemple ayant affirmé que la dette était de cent, il dit après le jugement qu'elle était de cinquante, ce témoin devra un demi de la partie pour laquelle il s'est rétracté, c'est-à-dire vingt-cinq (2).

Responsabilité en cas de séparation des époux prononcée par suite de témoignages rétractés après le jugement. — Si deux témoins ont affirmé la répudiation d'une femme par son mari, puis le jugement intervenu, se rétractent, la dissolution du mariage n'en persiste pas moins ; mais si le mariage n'avait pas été consommé, les témoins devront payer la part de la dot que le mari doit donner à la femme, c'est-à-dire la moitié de la dot (3). Si le mariage avait été consommé, les témoins ne seront tenus d'aucune indemnité envers le mari, car ils n'ont été cause que de la perte

1. Khalil Perron, V, 303 ; Seignette, 1657.

2. Khalil Perron, V, 303 ; Seignette, 1656.

3. Khalil Perron, V, 285 ; Hedaya 374 ; Minhadj, III, 421.

des jouissances matrimoniales qui n'ont pas de tarif d'estimation (1).

Les témoins ne doivent aucune réparation lorsque s'étant rétractés, la séparation des époux devait cependant être prononcée pour une autre cause, telle que parenté par le lait qui rendait le mariage illicite, car leur déposition n'a pu causer aucun préjudice (2).

Si la déposition des témoins qui par la suite se sont rétractés avait eu pour effet de faire prononcer l'affranchissement d'un esclave, les témoins devront payer au maître le prix de l'esclave, mais le maître conservera ses droits de patron sur l'affranchi (3).

Nous n'insisterons pas sur la responsabilité des témoins, en cas d'affranchissement à terme ou posthume et sur la façon dont se régleront, dans ces cas, le droit du patron et ceux des témoins qui déduiront du prix de l'esclave la valeur de ses services pendant le temps qu'il restera à travailler pour son maître (4).

Lorsqu'un individu a été déclaré esclave d'un autre, par suite du témoignage de gens qui se sont rétractés, l'individu reste esclave, les témoins ne lui devront aucune indemnité pour le prix de sa liberté, qui est une chose inestimable; mais comme cet individu ne reçoit de son maître aucun salaire, et que son travail

1. Khalil, V, 285 ; Hedaya, 374.

2. Minhadj, III, 422.

3. Hedaya, 374, 375 ; Khalil Perron, V, 290, 291 ; Seignette, 1643.

4. Khalil Perron, V, 291 à 295 ; Seignette, 1644 à 1649.

a une valeur, les témoins devront payer à cet individu devenu esclave un salaire qui ne peut être touché par le maître, et qui passe par voie de succession, à la mort de l'esclave, à ceux qui auraient été ses héritiers s'il était resté libre (1).

En somme il n'y a lieu à réparation pécuniaire que s'il y a perte d'argent ou d'une chose estimable en argent pour la partie qui a été lésée. Par exemple deux témoins prétendent qu'Ali est fils d'Ahmed, puis ils se rétractent, ils n'ont aucune indemnité à payer à personne. Mais si, par suite de leur témoignage, Ali avait reçu une partie de l'héritage d'Ahmed, les véritables héritiers d'Ahmed auront un recours contre les témoins (2).

Il est à observer que les témoins ne deviennent responsables que seulement dans le cas où la partie qui triomphe grâce à leur témoignage a obtenu la possession du bien objet du litige, jusque-là l'autre partie n'a subi aucun dommage (3).

Si le débiteur condamné ne s'est pas encore exécuté, il peut sommer les témoins rétractants de s'exécuter à sa place, de même le créancier peut les poursuivre directement (4).

La responsabilité des témoins est basée sur ce

1. Khalil Perron, V, 298, 299 ; Seignette, 1652.

2. Khalil Perron, 295, 296 ; Seignette, 1649.

3. Hedaya, 373.

4. Khalil Perron, V, 304 ; Seignette, 1658.

qu'ils ont causé le jugement intervenu à tort. L'auteur de la « Hedaya » prétend que Chaféi rendrait responsables le cadi et le plaignant et il critique cette opinion en disant que son application aurait de graves inconvénients. Le cadi est obligé de juger conformément aux témoignages qui paraissaient être l'expression de la vérité, si on le rendait responsable, ses fonctions seraient par trop dangereuses et nul ne voudrait les remplir ; quant au plaignant triomphant, on peut dire que le jugement est intervenu en dehors de lui (1).

En matière pénale, selon Nawawi, si la rétractation intervient après l'exécution du jugement, le jugement n'est point rapporté ; mais, s'il n'y a pas eu exécution, l'exécution n'a pas lieu. Selon Khalil, on rapporte le jugement toutes les fois qu'on obtient la certitude que les témoins avaient menti, par exemple si la prétendue victime d'un meurtre apparaît vivante (2).

Les témoins sont ici aussi condamnés à des dommages-intérêts et à des peines afflictives (3). Dans le cas où le fait attesté par les témoins était un fait de cohabitation illicite, si tous les témoins se rétractent, ils sont condamnés comme diffamateurs, quel que soit le moment de leur rétractation ; si un seul se rétracte avant le jugement, ils sont tous punis ; si un seul se

1. Hedaya, 373.

2. Minhadj, III, 420 ; Khalil Perron, V, 278 ; Seignette, 1622.

3. Ohsson, VI, 302.

rétracte après, il est seul puni ; s'il y avait plus de quatre témoins, ceux qui se rétractent, quoiqu'il en reste quatre, sont punis, non pas de la peine prononcée contre les diffamateurs mais d'une peine moindre laissée à l'appréciation du cadi (1).

Les témoins qui ont contribué à faire prononcer la peine de mort sont obligés de payer la dia, mais ils ne sont pas mis à mort. Selon Chaféi, s'ils déclarent avoir contribué à la mort par erreur, ils paient la dia ; mais, s'ils déclarent l'avoir fait intentionnellement, ils sont mis à mort. Khalil énumère avec détail la quantité de la dia que le témoin devra payer, s'il y a eu commencement d'exécution de la peine du talion, selon que cette exécution est plus ou moins avancée (2).

En matière de meurtre intentionnel, le témoin est non seulement responsable de sa déposition, mais il doit encore le prix du sang s'il savait que l'autre témoin qui dépose avec lui était un esclave ou un mineur et ne l'a pas déclaré (3).

Dans le cas de témoignage rapporté, si les témoins seconds rétractent leurs déclarations, ils sont responsables des dommages-intérêts.

Si les témoins premiers déclarent ne pas avoir chargé les témoins seconds de rapporter leurs témoi-

1. Khalil Perron, V, 279 à 281 ; Seignette, 1627 à 1630.

2. Khalil Perron, V, 282 et 283 ; Seignette, 1633 ; Hedaya, 375 ; Minhadj, III, 420, 421.

3. Khalil Perron, V, 172, 173.

gnages qu'ils rétractent, ils ne sont point responsables, puisqu'ils n'avaient pas chargé les témoins seconds de répéter leurs déclarations ; mais, s'ils reconnaissent avoir chargé les témoins seconds de faire les dépositions, ils sont responsables selon Mohammed (bien que Hanifa et Abou Youçof soutiennent le contraire, disant que le jugement du cadî est basé sur les déclarations des témoins seconds), car les témoins seconds n'ont fait que répéter les déclarations des témoins premiers.

Dans le cas où les témoins seconds et les témoins premiers rétractent leurs témoignages, Hanifa et Abou Youçof sont d'avis que les témoins seconds sont seuls responsables ; selon Mohammed, le défendeur qui a succombé, a le droit de poursuivre soit les témoins premiers, soit les seconds, mais pas tous à la fois.

Il est à remarquer que si la rétractation des témoins premiers faite avant le jugement empêche le jugement d'intervenir, elle n'influe pas sur sa validité, si elle est postérieure au jugement (1). Si après le jugement, les témoins seconds affirment que les témoins premiers n'ont pas dit la vérité, le jugement subsiste, et les témoins seconds ne sont nullement responsables, car ils n'ont pas rétracté leurs propres témoignages et ils n'avaient fait que répéter ceux des témoins premiers (2).

1. Hedaya, 375.

2. Hedaya, 376.

En dehors de la responsabilité pécuniaire, les faux témoins sont punis. Selon Malek, Chaféi et Ahmed ibn Hambal, ils sont punis d'une peine afflictive, et dénoncés au public comme faux témoins. Malek, d'après Charani, voulait que l'on publiât le fait dans les mosquées et sur les marchés (1). Hanifa est d'avis que le faux témoin doit être mis au pilori, mais ne doit pas être battu ; ses deux disciples Abou Youçof et Mohammed ordonnent de le battre. Ils s'appuient sur le fait qu'Omar a dit qu'un faux témoin doit recevoir quarante coups de fouet et avoir la face noircie avec de la suie ; de plus, comme le faux témoignage est un grand crime et qu'aucune peine n'a été fixée pour lui, on doit le punir d'une peine discrétionnaire (tazir). Hanifa se base sur ce que Schirreh n'a pas fait battre un faux témoin, mais l'a seulement mis au pilori et sur ce que le stigmate imposé au faux témoin suffit pour prévenir la récidive ; de plus, si la peine est trop grave, jamais un témoin n'avouera son mensonge (2).

Ibrahim Halebi indique que le faux témoin en matière criminelle est puni de quatre-vingts coups de fouet (3).

1. Charani, Balance, 451.

2. Hedaya, 272.

3. Ohsson, VI, 304.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

I

Le témoignage est un devoir que l'on doit remplir gratuitement, on en est tenu tant que d'autres ne l'ont pas accompli, cela sous peine de châtiments (1).

Pour venir déposer, il faut avoir été requis, sauf dans les procès où le Droit de Dieu est en jeu. Mais il n'est pas nécessaire qu'un témoin ait été préconstitué pour qu'il puisse témoigner, il suffit, comme en droit sunnite, qu'il soit requis de venir faire sa déposition (2).

Pour être témoin, il faut professer la vraie foi, le musulman hérétique (c'est-à-dire non chiite) ne peut déposer contre un croyant, parce que l'hérésie est une présomption de mauvaises mœurs et que le témoin doit être un homme honorable. Le calomnia-

1. Query, II, 388 et 468.

2. Query, II, 459,

teur peut témoigner lorsqu'il a manifesté son repentir. L'homme qui porte des bijoux d'or malgré la défense de la religion est indigne d'être témoin (1).

L'infidèle peut témoigner à la charge d'un infidèle de sa religion, ou d'une religion différente quoique cela soit discuté (2). Il y a une hypothèse où l'infidèle peut témoigner contre des musulmans. « A défaut de « témoins de bonnes mœurs, le témoignage de l'infidèle peut être admis en matière de legs. La validité « de ce témoignage n'est pas bornée au cas où le « testateur est décédé en pays étranger. D'après une « tradition rejetée aujourd'hui, cette dernière condition était indispensable pour la validité du témoignage de l'infidèle (3). »

Les Chiites interprètent donc correctement le passage du Coran ayant trait aux témoins du testament, et au sujet duquel nous avons rapporté, à propos des rites sunnites, des interprétations différentes, sur lesquelles nous ne reviendrons pas.

Le témoin doit être de naissance légitime, sauf pour les procès de peu d'importance ; mais pour que l'incapacité du bâtard existe, il faut que la bâtardise soit non seulement présumée, mais notoirement prouvée (4).

1. Querry, II, 452, 454, 456.

2. Querry, II, 453.

3. Querry, II, 452 et I, 621.

4. Querry, II, 460, 451, 390.

La capacité de l'esclave est très discutée. Admis par les uns même au profit du maître, le témoignage de l'esclave est toujours récusé par les autres ; l'opinion qui semble triompher est que l'esclave peut témoigner, sauf au profit du maître ; encore peut-il témoigner au profit du maître après son affranchissement (1).

Le témoin ne doit pas être soupçonné de partialité, on récusé à ce titre l'associé qui viendrait déposer en faveur de son coassocié (2).

Les récusations pour cause de parenté sont très différentes de celles du droit sunnite ; les liens de parenté, fussent-ils très étroits, ne sont pas un motif de récusation, le père peut témoigner pour ou contre son fils, le frère pour ou contre le frère ; il n'y a que le témoignage du fils à la charge de son père qui soit discuté. El Mohekkik pense qu'il est préférable de ne point l'admettre, que ce soit en matière de propriété ou en matière criminelle (3) ; mais le fils peut témoigner en faveur de son père.

Le témoignage du mari est admis en faveur de sa femme, de même celui de la femme en faveur de son mari. L'ami peut déposer en faveur de son ami, le serviteur en faveur du maître, l'individu

1. Querry, II, 458.

2. Querry, II, 451, 457.

3. Querry, II, 457-390.

qui reçoit l'hospitalité en faveur de son hôte (1).

Le témoignage du mendiant n'est point accepté, car cette « profession » entraîne la bassesse du caractère, sauf si le mendiant mendie par besoin ou accidentellement (2).

Le témoin doit être majeur et sain d'esprit. Pour les mineurs âgés de dix ans, une tradition rapportée de l'Imam Abou Abdallah par Djemil et Mehemmed ebn Hemran, les admet à témoigner en matière de meurtre, en ne tenant compte que de leurs premières paroles prononcées spontanément ; le cheik El Toussi, dans son ouvrage le *Nehayet*, admet ces mineurs en matière de blessures comportant application du talion, mais pas en matière de meurtre. Il faut que les mineurs soient entendus avant d'être séparés (3).

La capacité du témoin est nécessaire seulement au moment de la déposition, on peut témoigner sur un fait observé alors qu'on était mineur, infidèle, homme de mauvaise vie, si on est devenu majeur, musulman, honnête homme au jour de la déposition (4).

La mauvaise conduite survenant après la déposition n'infirme pas le témoignage dans les procès intéressant les droits purs de l'homme, il n'en est pas

1. Querry, II, 457-458.

2. Querry, II, 458.

3. Querry, II, 451.

4. Querry, II, 458.

de même pour les droits de Dieu et les droits mixtes calomnie, adultère). Si la mauvaise conduite existait lors de la déposition elle fera annuler le jugement s'il est intervenu (1).

Le décès du témoin survenant après la déposition n'empêche pas le jugement d'être rendu (2).

Le muet peut témoigner par signes (3). L'aveugle peut témoigner à propos d'un fait observé avant qu'il ne fût atteint de cécité, s'il connaît la personne contre qui il dépose. Il peut témoigner sur des paroles prononcées par quelqu'un qu'il n'a pas lâché depuis, jusqu'au moment où il dépose. Enfin « le témoignage « de l'aveugle est encore admis quand le témoin fait « preuve de certitude en interprétant au magistrat « un fait quelconque qui se passe au moment « même (4). »

Le témoignage des femmes n'est pas toujours admis, il n'est pas reçu pour établir un crime de droit divin, cependant pour établir la fornication deux femmes peuvent être substituées à un témoin homme, et même quatre femmes à deux hommes ; mais en le dernier cas, le coupable n'est pas lapidé, il est seulement soumis à la peine du fouet. Dans les procès concernant les droits de l'homme, les femmes ne

1. Querry, II, 174 et 178.

2. Querry, II, 474.

3. Querry, II, 463.

4. Querry, II, 464.

sont pas admises en matière de divorce, filiation, mandat, dispositions testamentaires autres qu'un legs d'une chose corporelle, apparition de la nouvelle lune du ramadan. Deux femmes peuvent témoigner conjointement avec un homme en matière d'affranchissement, de mariage, de crimes punis du talion, quoique cela soit discuté; enfin elles peuvent témoigner indiscutablement conjointement avec un homme pour toutes les questions d'intérêt pécuniaire. Les femmes peuvent témoigner seules pour les questions de naissance, viabilité du nouveau-né, allaitement et vice de conformation de la femme (1).

II

Le juge peut admettre un témoin où le récuser s'il a connaissance de son honorabilité ou de son manque d'honorabilité; dans le cas où il ne connaît pas le témoin, il doit avoir recours à la tazkieh. Cette enquête est utile parce que si, après qu'un jugement a été rendu, on s'aperçoit que les témoins n'étaient pas dignes de déposer, le jugement est cassé (2).

Le juge ne devra pas se fier aux apparences pour apprécier la valeur d'un témoin. Le témoin sera pré-

1. Querry, II, 465-466.

2. Querry, II, 394.

sumé de bonnes mœurs, s'il y a une affirmation simple d'une personne qui déclare le connaître intimement depuis une époque antérieure au procès; la présomption de mauvaises mœurs n'est au contraire établie que si la déclaration du mozakki est motivée. Cependant El Toussi soutient que le témoin peut être récusé par le mozakki sans que celui-ci motive sa déclaration.

En cas de contradiction entre mozakkis il vaut mieux écarter le témoin (1).

Pour déclarer que le témoin est un homme de mauvaises mœurs, il faut l'avoir vu commettre un fait contraire aux bonnes mœurs, ou que la réputation de cet homme soit de notoriété publique.

Lorsque l'honorabilité d'un individu a été établie une fois, elle est toujours présumée subsister jusqu'à preuve du contraire, quoique certains légistes soient d'avis qu'il faudra après un certain temps procéder à une nouvelle enquête (2).

Il est à remarquer que le témoin est admis ou récusé sur la déclaration d'une seule personne, l'adversaire pourra toujours faire une preuve complète contre l'attestation du certificateur unique.

1. Query, II, 395.

2. Query, II, 395.

III

Comme en droit sunnite, le nombre des témoins généralement exigé est de deux témoins du sexe masculin. Dans les cas où les femmes sont admises à déposer conjointement avec un homme, il faut le témoignage d'un homme et de deux femmes pour faire preuve complète.

Il faut quatre témoins mâles pour établir les crimes de fornication, sodomie, tribadisme et de bestialité. El Mohekkik semble cependant admettre que deux témoins mâles suffiraient à établir le crime de bestialité (1). Pour viol de cadavre, il faut quatre témoins mâles selon el Mohekkik, qui assimile ce cas à celui de la fornication; d'autres auteurs estiment que deux témoins suffiraient parce qu'il n'y a qu'un seul coupable (2).

Remarquons que pour la preuve de l'adultère d'une femme, le dire du mari et de trois témoins suffit (3).

La preuve de la fornication et de l'adultère peut être aussi rapportée par trois hommes et deux femmes (4).

S'il n'y a pas le nombre de témoins requis pour

1. Querry, II, 465, 466, 487, 497, 534.

2. Querry, II, 535.

3. Querry, II, 494.

4. Querry, II, 487.

attester un fait de cohabitation illicite, les témoins qui ont déposé sont traités comme des calomniateurs. Lorsque le crime a été établi par la déposition des témoins et que la lapidation a été ordonnée, les témoins doivent jeter les premières pierres (1).

Dans les cas où le témoignage des femmes seules fait preuve complète il faut quatre femmes pour établir le fait à prouver.

Lorsqu'il s'agit d'établir la viabilité d'un enfant mort peu après sa naissance, et que l'intérêt de la question est de décider si l'enfant étant né viable avait pu recueillir une succession et la transmettre, si quatre femmes attestent la viabilité de l'enfant, toute la succession passera à l'enfant et à ses héritiers ; si trois femmes affirment la viabilité, ou seulement deux, ou seulement une, le droit de l'enfant à la succession ne sera établi que pour les trois quarts, la moitié ou seulement un quart (2).

En certaines matières le rite chiïte admet que la preuve soit faite au moyen de la déposition d'un témoin unique et du serment du demandeur.

IV

En principe le témoignage doit être basé sur la connaissance certaine du fait. Le Prophète a dit : « N'in-

1. Querry, II, 493.

2. Querry, II, 465, 466, 467 et I, 621.

« terviens pas dans les choses dont tu n'as pas connaissance », et : « Quand un fait est aussi évident pour vous que la lumière du soleil en plein jour, témoignez à son sujet, sinon abstenez-vous (1). »

El Mohekkik distingue plusieurs sortes de témoignages : le témoignage « oculaire el moschahedet », le témoignage « auriculaire El Sema », le témoignage « oculaire et auriculaire » tout à la fois, et le témoignage au second degré « El Schehadet elel schehadet » ou « scheidet el fer ».

Le témoignage doit être oculaire lorsqu'il s'agit d'un fait, d'une action; il faut avoir vu un individu voler un objet pour témoigner du vol.

Le témoignage auriculaire est suffisant pour faire preuve de la filiation, de la parenté, du décès, de la propriété sans détermination de l'origine; le témoignage oculaire serait trop difficilement fourni pour qu'on puisse l'exiger. Par témoignage auriculaire, El Mohekkik désigne un témoignage indirect basé sur des bruits ayant cours, c'est-à-dire la commune renommée. El Toussi estime qu'il suffit d'avoir entendu raconter une des choses précitées par deux personnes honorables pour en devenir témoin auriculaire (2).

Ce témoignage fondé sur la notoriété publique

1. Querry, II, 460; Coran, Sourate XVII, v. 38.

2. Querry, II, 460.

peut en outre servir à établir le mariage, le hobous, la nomination d'un cadi et l'affranchissement (1).

Il ne peut prouver l'origine de la propriété, telle qu'une vente, une donation ; mais on peut établir par commune renommée qu'un individu est propriétaire d'un bien par voie d'héritage, parce que le décès qui a causé la transmission du bien peut être prouvé par ce moyen (2).

Le témoignage à la fois oculaire et auriculaire est requis en matière de contrats verbaux : vente, achat, mariage ; le témoin doit avoir vu les contractants et entendu ce qu'ils disaient (3).

Selon quelques légistes, l'aveugle n'est pas admis à déposer en disant qu'il reconnaît les parties en les entendant parler, il faut que deux personnes certifient l'identité des parties (4).

Le droit chiïte connaît enfin le témoignage rapporté. Le témoignage doit être rapporté par deux témoins mâles, les deux mêmes témoins seconds peuvent rapporter le témoignage de plusieurs témoins premiers (5). Les femmes ne peuvent être témoins seconds, El Mohekkik les admet cependant dans les procès où la déposition des femmes seules,

1. Querry, II, 463 et 388.

2. Querry, II, 451, 462.

3. Querry, II, 46 .

4. Querry, II, 464.

5. Querry, II, 469.

comme témoins premiers, ferait preuve complète(1).

Pour rapporter la déposition d'un témoin premier, il faut que le témoin second en ait été prié, ou qu'il ait entendu le témoin premier faire sa déposition en justice, ou bien encore, selon quelques juristes, qu'il ait entendu le témoin premier affirmer qu'il rend témoignage en faveur de A, que B doit telle chose à A pour tel motif.

Pour que le témoignage rapporté soit admis, il faut que le témoin premier soit empêché de comparaître pour cause de maladie ou d'absence.

Si les témoins premiers comparaissent avant le jugement, on ne doit écouter qu'eux. Ici la traduction d'El Mohekkik porte qu'en cas de dénégation des dires du témoin second par le témoin premier, la préférence sera accordée à celui des témoins, premier ou second, qui paraîtra le plus honorable, et qu'à honorabilité égale, on s'en rapportera au dire du témoin premier. Ce passage s'explique assez mal puisque si les témoins premiers viennent déposer avant le jugement, El Mohekkik nous dit qu'on s'en tiendra à leurs dépositions (2).

Les témoins seconds doivent désigner les témoins premiers et certifier en même temps leur capacité. La déposition des témoins seconds est nulle si les té-

1. Querry, II, 471.

2. Querry, II, 470.

moins premiers deviennent gens de mauvaise vie avant la déposition des témoins seconds (1).

Le témoignage rapporté est admis en toutes les matières ressortissant du droit de l'homme impliquant ou non peine corporelle, mais n'est jamais admis pour celles ressortissant du droit de Dieu ou mixtes de l'homme et de Dieu et comportant une peine corporelle (2).

V

La rétractation des témoins avant le jugement infirme le témoignage. Si elle survient après le jugement, elle ne l'infirme pas, elle entraîne seulement des peines et des responsabilités pécuniaires pour les témoins (3).

RITE ABADI

I

Le témoignage constitue un devoir, le témoin ne doit pas cacher ce qu'il sait. Cependant il est des cas où l'on peut s'abstenir de déposer : pour le mariage d'une mineure sans que les parents aient été prévenus, pour une affaire d'usure — en faveur de

1. Querry, II, 470.

2. Querry, II, 468.

3. Querry, II, 475.

l'usurier — pour établir le testament injuste d'un individu qui exclut par exemple ses héritiers au profit d'étrangers (1).

Le témoin doit être libre, musulman, majeur, non débauché, non interdit, ne se livrant pas à certains métiers, tels que ceux de musicien, de chanteur public, de collecteur d'impôts (2).

Le témoignage des musulmans non abadis n'est admis que dans les matières d'intérêt pécuniaire (3).

Le calomniateur est indigne de témoigner, sauf s'il a changé de manière de vivre et après une longue expérience démontrant que le changement est réel.

Le témoignage des enfants n'est accepté que pour le fait de blessures que les enfants se sont occasionnées en jouant et s'il n'y a pas eu de grandes personnes mêlées à ces enfants (4).

Le témoignage des femmes est rejeté en cas d'adultère, de vol, de crime ; il est admis conjointement avec celui d'un homme dans les affaires d'intérêt pécuniaire. Celui des femmes seules est reçu pour les choses que les hommes ne peuvent voir : grossesse, accouchement, viabilité du nouveau-né décédé, vices de conformation de la femme (5).

Le témoin doit être honorable au moment du témoignage ; si après sa déposition il se révèle homme

1, 2, 3, 4, 5, *Nil*, ch. XVII.

de mauvaise vie, le jugement ne peut intervenir en se basant sur sa déposition. Le décès du témoin après sa déposition ne l'annule pas. L'incapacité du témoin antérieure à la déposition importe peu, si au moment où il dépose le témoin est devenu capable : le mineur devenu majeur peut témoigner à propos d'un fait qu'il a observé mineur ; le musulman qui a abjuré et qui est revenu à la vraie foi peut déposer sur un fait qu'il a observé avant son retour à la religion musulmane (1).

Les cas de récusation sont moins nombreux qu'en droit sunnite :

Le voisin peut témoigner en faveur de son voisin, l'associé en faveur de son coassocié ; le mari pour ou contre sa femme et vice versa, le frère pour ou contre son frère, le fils pour ou contre ses ascendants, le grand-père pour ou contre son petit-fils, cependant le grand-père ne peut témoigner en faveur de son petit-fils, si le fils est mort. Le père peut toujours témoigner contre son fils. Il ne peut témoigner en sa faveur en matière d'intérêt pécuniaire.

II

Les témoins doivent être honorables, avons-nous dit ; si le cadi ne les connaît pas ou si les parties l'exigent, il faudra procéder à la tazkieh.

1. *Nil*, ch. XVII.

Il faut deux certificateurs pour chaque témoin, s'il y a deux témoins, il faut quatre certificateurs ; huit s'il y a quatre témoins, etc.

Les mozakkis doivent être incontestablement honorables et connaître la portée de leurs déclarations.

Pour affirmer l'honorabilité d'un témoin, ils n'ont pas à motiver leurs déclarations, ils doivent au contraire motiver leurs déclarations s'ils concluent au rejet du témoin.

Dans le cas où les mozakkis affirment que le témoin proposé n'est pas honorable, la partie à qui le témoin est favorable peut prouver par deux témoins que les mozakkis eux-mêmes ne sont pas honorables.

Lorsque deux mozakkis ont déclaré que quelqu'un était honorable, si le témoin est appelé peu après à déposer dans un autre procès, les mozakkis ne peuvent être les mêmes que lors de la première affaire.

III

Il faut en général deux témoins mâles. Dans les affaires d'intérêt pécuniaire, deux femmes peuvent être substituées à un des témoins mâles.

Pour témoigner de l'adultère il faut quatre témoins mâles absolument concordants.

Pour les matières échappant à la connaissance des hommes où la preuve peut résulter du témoignage

de femmes seules, il faut quatre, deux, ou seulement une femme selon les opinions.

Le *Nil* se contente d'une seule femme, si c'est une sage-femme réputée pour telle et honorable, sinon il en exige deux (1).

La rétractation des témoins a le même effet qu'en droit sunnite.

1. *Nil*, ch. XVII.

CHAPITRE III

L'expertise

Le droit musulman connaît l'expertise, et admet ce moyen pour arriver à la découverte de la vérité. La légalité de l'expertise peut, selon Omar bey Loufty, se baser sur le Coran qui porte : « Consultez les hommes compétents lorsque vous ne savez pas (1). »

Il y a des cas où le juge inapte à examiner certains faits s'en rapporte à la parole d'experts compétents ; dans d'autres hypothèses le juge commettra des experts parce que la pudeur l'empêche de procéder lui-même à certains examens.

Le juge a recours à des experts en cas de blessures, pour déterminer leur gravité, afin d'ordonner le talion (2) ; il y aura recours pour procéder au partage. Dans cette hypothèse, les experts devront être des géomètres, Abou Chodja et Nawawi exigent qu'ils soient musulmans, majeurs, libres et irréprocha-

1. Omar bey Loufty, 2^e fasc., 22.

2. Khalil Perron, V, 431, 435 ; Seignette, 1819 à 1823.

bles (1). Il y aura encore lieu à expertise, en cas de vice caché, d'un animal ou d'une chose vendue, pour déterminer l'antériorité du vice. Khalil, à défaut de musulmans, admet des infidèles comme experts, pourvu qu'ils aient les connaissances voulues (2). Le juge désignera encore un expert pour savoir si un débiteur est insolvable, lorsque ce débiteur n'étant pas du pays, il ne se trouve personne pour prouver son état d'insolvabilité (3).

Des experts très employés sont les physionomistes. Ils interviennent pour déterminer quel est le père d'un enfant, lorsqu'un enfant est réclamé comme fils par plusieurs individus. La chose peut se produire dans les circonstances suivantes : deux hommes réclament la paternité d'un enfant trouvé ; une esclave accouche, ses deux maîtres avaient cohabité avec elle ; des enfants ont été confondus. Pour que l'expertise puisse avoir lieu, il faudra que les pères soient vivants afin qu'on puisse les comparer avec les enfants, ou s'ils sont morts que les physionomistes les aient connus. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait plusieurs physionomistes ni plusieurs experts (4).

On pourra faire examiner par des matrones la

1. Fath al Qarib, 689.

2. Khalil Perron, III, 341, 342 ; Seignette, 203 ; Tohfât, 766.

3. Minhadj, II, 9.

4. Khalil Perron, IV, 305 à 308 ; Seignette, 758, 759 ; Minhadj, II, 218, et III, 430, 451.

femme qui prétend que son mari impuissant n'a pu consommer le mariage, ou la femme que le mari prétend n'avoir pas trouvée vierge lors du mariage, alors que cette femme soutient n'avoir été déflorée que par son mari ; de même l'esclave vendue pour vierge et que l'acheteur prétend déflorée.

Dans le premier cas les matrones examineront si la déchirure de l'hymen existe ou non, dans les deuxième et troisième cas si cette déchirure est récente ou ancienne (1).

On vérifiera au moyen du toucher par-dessus le vêtement si un homme est ou non castrat (2).

Il y aura expertise pour déterminer le sexe d'un hermaphrodite ou l'état de puberté d'un individu (3).

Pour déterminer le sexe d'un hermaphrodite, on examinera par quel organe il urine, s'il a de la barbe, des mamelles développées, des écoulements menstruels ou des éjaculations séminales.

Pour déterminer la puberté, les experts devront se baser, en dehors de l'âge, sur les signes suivants : pour les filles, menstruations, grossesse ; pour les garçons, odeur des aisselles ; fente du cartilage du nez et sur ce fait qu'un fil de la longueur de deux fois

1. Hedaya, 354 ; Ohsson, V, 230 ; Khalil Perron, II, 414 ; Miyar, I, 381, 382.

2. Khalil Perron, II, 414.

3. Khalil Perron, IV, 60 et 454 ; Seignette, 705 ; Tohfah, 1691, 1692 ; Minhadj, II, 17.

le tour du cou et dont les extrémités sont placées dans la bouche du jeune homme peut passer par-dessus la tête. Les Malékis admettent encore que l'apparition de poils sur le pubis est un signe de puberté, Nawawi ne l'admet que pour les fils d'infidèles (1).

Le Droit musulman connaît aussi un autre genre d'experts se rapprochant beaucoup plus des témoins, mais qui sont cependant des délégués du cadi. Lorsqu'une femme se plaint à reprises différentes de mauvais traitements de la part de son mari, sans arriver à fournir une preuve de son dire, le cadi ordonne aux époux d'habiter au milieu de gens probes qui pourront témoigner de ce qu'ils auront vu. Si l'affaire malgré tout reste obscure, le juge chargera deux arbitres de surveiller les époux ; ces arbitres choisis parmi les parents ou les voisins pourront habiter dans la maison des conjoints en surveillance, ils auront le pouvoir de prononcer le divorce sans qu'il y ait de nouvelle intervention du cadi. Mais leur rôle sera avant tout de ramener les deux conjoints à la conciliation (2).

Lorsque les experts déposent devant le cadi, celui-ci ne leur pose pas « l'iâdar », car les experts sont ses délégués (3).

1. Khalil Perron, IV, 60 et VI, 454 ; Tohfât, 1692 ; Minhadj, II, 17.

2. Khalil Perron, II, 510 à 512 ; Tohfât, 447 à 450 ; Minhadj, II, 407 ; Coran, sourate IV, v. 39. C'est la mise en *adala*.

3. Tohfât, 450.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

L'expertise est utilisée dans le rite chiite, nous donnons quelques exemples de son application.

Lorsqu'il y a lieu d'apprécier si un adolescent est capable de se diriger, on devra éprouver son discernement d'après la carrière à laquelle il se destine. On commettra deux hommes pour y procéder s'il s'agit de la capacité d'un jeune homme, et des experts de l'un ou l'autre sexe s'il s'agit de la capacité d'une jeune fille (1).

On pourra se fier à l'apparition de poils sur le pubis ou à l'émission séminale pour apprécier la puberté d'un jeune homme ; chez les femmes, les menstruations et la grossesse ne sont que des indications qui ont besoin d'être confirmées par d'autres preuves (2).

Lorsqu'une femme soutient que son mari est impuissant ou a cessé d'être impuissant, la preuve selon

1. Query, I, 470.

2. Query, I, 469.

El Mohekkik ne peut résulter que de l'aveu du mari, de son serment ou de son refus de prêter serment. El Mohekkik signale cependant comme moyen de preuve recommandé par quelques légistes l'expertise suivante : pour constater l'impuissance du mari que la femme prétend impuissant, on plongera le mari dans l'eau froide ; si le mari est impuissant, cela n'aura aucun effet sur ses testicules ; s'il n'est pas impuissant, ils se contracteront. El Mohekkik repousse ce moyen de preuve (1).

Si après que le mari a été déclaré impuissant, la femme veut prouver qu'il a recouvré l'usage de ses facultés viriles, le mari sera cru sur sa dénégation appuyée d'un serment. El Mohekkik rapporte cependant qu'un moyen de preuve, selon lui, d'un emploi peu fréquent, consiste à examiner si la femme est encore vierge, dans le cas où elle aurait été épousée à l'état de virginité ; cet examen sera confié à des matrones. Si la femme n'était pas vierge lors du mariage, il faudra placer dans les parties de la femme, à l'insu du mari, une substance teinturière permettant de constater sur le mari, s'il a ou non cohabité avec sa femme (2).

1. Query, I, 729.

2. Query, I, 729.

CHAPITRE IV

Le serment, El Yemin

Le serment est une déclaration faite au nom de Dieu. Nous examinerons plus loin ses formes. Il nous est présenté comme un acte grave (1), le faux serment est puni, il n'est permis que lorsqu'il est prêté pour sauver quelqu'un de brutalités injustes (2); sauf cette exception, il est considéré comme un grand crime. Étant donné la gravité de cet acte, celui qui ne voudra pas jurer pourra se libérer à l'exemple d'Osman en payant une composition amiable (3).

SECTION I. — *Qui doit prêter serment.*

En règle générale, le serment est déféré au défendeur et non au demandeur parce que le Coran a dit : « Au demandeur les témoins, au défendeur le ser-

1. Tohfât, 67.

2. Khalil Perron, II, 549.

3. Ohsson, VI, 231, 232.

ment. » Cette règle peut présenter des inconvénients : un faux serment libérera le défendeur, c'est pourquoi la prestation d'un serment volontairement faux est présentée comme un grand crime (1).

Malgré les peines qui attendent celui qui fait un faux serment, certaines gens sont portés à en faire assez facilement, aussi quelques juristes se sont demandé s'il n'était pas mieux, lorsque le défendeur était un homme peu honorable, de déférer le serment au demandeur ; ils ont envisagé le cas où un musulman qui aurait pour adversaire un juif, ne pourrait fournir de preuve. Selon El Bokhari, il faudrait déférer le serment au juif ; selon Ibn Siradj rapporté par Ahmad al Wanscharisi, on fera jurer le musulman bien qu'il soit demandeur : « Mais, ajoute un « juriste, s'il est établi que le juif est un homme qui « patiente et ne se montre pas dur — ce qui est rare « — le principe est qu'il faut laisser les choses dans « leur *statu quo* », c'est-à-dire déférer le serment au juif défendeur (2).

En cas d'absence de preuve de la part du demandeur et si le défendeur nie que les dires du demandeur soient exacts, le demandeur pourra-t-il toujours exiger le serment du défendeur ? Selon Khalil, il sem-

1. Coran, sourate III, 71 et 225; Tohfât, 25; Khalil Perron, II, 183; El Bokhari, Houlas et Marçais, II, 125, 223 à 225; Hedaya, 401; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 78.

2. El Bokhari, II, 223; Miyar, II, 32, 33.

ble qu'il faille une présomption faisant accepter comme raisonnable la prétention du demandeur. Ce sera le cas si le demandeur a déjà été une fois en relation d'affaires avec le défendeur, ou si le défendeur est un artisan et qu'on lui réclame une chose concernant son métier, ou s'il s'agit d'un dépôt qui a pu très vraisemblablement être confié à celui à qui on le réclame (1). D'autre part, Ebn Acem nous dit : « La présomption, quand elle est grave, entraîne le serment de la personne contre qui elle existe (2). » Faut-il conclure que le serment ne saurait être exigé que si le demandeur a pour lui une présomption, un commencement de preuve ? Il semble bien que non. Ebn Acem distingue plusieurs sortes de serments, entre autres le serment de celui qui nie ; celui qui nie doit jurer, sans qu'il y ait contre lui un commencement de preuve (3).

Ibrahim Halebi admet que le demandeur qui ne peut faire sa preuve « a toujours le droit d'exiger du défendeur qu'il appuie sa dénégation par le serment » (4). Nawawi et Abou Chodja ne mentionnent pas la nécessité d'une présomption pour obliger le défendeur à jurer (5).

1. Khalil Perron, V, 152, 1531, 54.

2. Tohfât, 213.

3. Tohfât, 217.

4. Ohsson, VI, 196.

5. Minhadj, III, 436 ; Fath al Qarib, 689.

A la vérité, il nous semble que dans tous les cas le défendeur sera obligé de jurer, sauf peut-être si la prétention du demandeur était purement vexatoire, ce qui se produirait si la demande était absolument invraisemblable. Toutefois Ebn Acem fait une différence entre le serment déféré au défendeur alors que le demandeur a une présomption et celui déféré sans qu'il y ait de présomption, le serment dans le premier cas ne peut pas toujours être référé (1).

Le juge ne pourra jamais écarter le serment décisoire qui pourra être déféré en tout état de cause. Le demandeur qui a la possibilité de faire sa preuve, peut s'en dispenser en déférant le serment à son adversaire. Hanifa ne laisse pas cette possibilité au demandeur si ses témoins sont dans la ville où se juge l'affaire ; dans cette hypothèse, selon lui, le demandeur devra les produire. Même dans ce cas, Abou Youçof permet au demandeur de déférer le serment au défendeur (2).

Le serment peut dans certaines circonstances être prêté par le demandeur, sauf en rite hanefi. Il intervient alors pour compléter la déposition d'un témoin unique. Ce serment semble aller à l'encontre du Coran qui dit : « au défendeur le serment », mais il repose sur un hadits dont l'autorité est discutée par les Ha-

1. Tohfât, 212 à 220.

2. Hedaya, 401.

néfis (1). Les rites qui admettent ce serment en restreignent la portée. Ce serment n'intervient que dans les matières où la preuve pourrait être faite par les témoignages d'un homme et de deux femmes. Le serment remplace alors la déposition des femmes. Malek admet que ce serment accompagne les déclarations de deux témoins femmes (2).

Le serment ne se défère au demandeur qu'après l'audition du témoin unique et qu'après que ce témoin a été reconnu irréprochable. Il doit contenir l'affirmation que le témoin a dit la vérité (3).

Nous avons dit que le serment du demandeur, complétant le commencement de preuve résultant d'un témoignage unique, n'était admis que dans les matières où la preuve peut être faite par la déposition d'un homme et celles de deux femmes. Il eût été inutile d'insister si Khalil et Ebn Acem ne croyaient eux-mêmes devoir le faire. Ces deux auteurs nous enseignent que, lorsque le demandeur a produit un seul témoin mâle ou deux du sexe féminin dans une affaire de répudiation, d'affranchissement ou de diffamation, le serment est déféré au défendeur (4).

1. Miyar, II, 208 ; Ohsson, VI, 218 ; Hedaya, 401. L'opinion de M. Pfender qui admet que le serment est possible en rite hanéfi de la part du demandeur nous paraît injustifiée. Cf. Pfender, 47.

2. Khalil Perron, V, 240 à 245 ; Seignette, 1563 ; Tohfât, 147 et 223 ; Miyar, II, 489 ; Charani, Balance, 446 ; Fath al Qarib, 707 ; Minhadj, II, 409.

3. Minhadj, 409 ; Fath al Qarib, 707.

4. Khalil Perron, V, 265, 266 ; Seignette, 1597 ; Tohfât, 171 à 174.

On peut remarquer que dans les deux premiers cas, celui où une femme se prétend répudiée, un esclave affranchi, les défenseurs cherchent à se soustraire à la domination d'un mari ou d'un maître ; on ne veut pas leur accorder des facilités de preuve ; dans le troisième cas, une personne vient se plaindre qu'elle a été diffamée, l'injure n'est pas grande si on n'a pu trouver qu'un seul individu y ayant assisté.

Ebn Acem nous présente le serment comme pouvant compléter non seulement le commencement de preuve résultant d'un témoignage isolé, mais aussi le commencement de preuve résultant de certains faits tels que la chute du rideau, la détention d'une chose donnée en gage, la possession du bien litigieux (1). Voici l'importance de ces faits d'après les espèces : la chute du rideau (2) plus le serment de la femme, font preuve de la consommation du mariage, lorsque la femme réclame sa dot et que le mari, pour se dispenser de la payer, nie que la femme se soit livrée à lui. La valeur du gage servira à déterminer le montant de la créance réclamée, si cette valeur est proportionnée au chiffre indiqué par le créancier sous la foi du serment. Le possesseur d'un bien qui jure

1. Tohfât, 148-149.

2. Quand un homme et une femme se mariaient, ils entraient dans une tente et on laissait tomber sur eux le rideau qui servait de portière. Quand ce rideau avait été ainsi abaissé, le mariage était réputé consommé. Tohfât, note 87.

que ce bien est sa propriété a gain de cause, faute de preuve de la part de son adversaire.

Faut-il dire qu'il y a, dans ces trois exemples, un serment prêté par le demandeur qui a pour lui un commencement de preuve ? Il nous semble plus juste de soutenir que l'individu qui prête serment est ici le défendeur. Nous avons insisté au début de cette étude pour montrer que le défendeur n'était pas nécessairement celui contre qui on introduisait l'instance, mais plutôt celui qui avait pour lui « l'Asl ». L'état normal des choses est que le possesseur est propriétaire, que lorsqu'on emprunte sur gage, on ne donne pas en gage un objet ayant beaucoup plus de valeur que le montant de la dette, que lorsque le rideau a été tiré sur les époux, ceux-ci ont consommé le mariage, parce qu'à ce moment-là l'homme et la femme ont été mis en présence pour ce faire.

SECTION II. — *Formes du serment.*

I

Le serment doit, selon deux hadits, être fait au nom de Dieu ; le Prophète a prescrit cette forme : « Quand vous ferez un serment, faites-le au nom de Dieu, sinon il ne sera pas valable. Celui qui jure autrement est à la vérité un mécréant (1). » La formule du serment est donc la suivante : « Billahi elladi

1. Hedaya, 405.

la *Ilah illa houa* » (par Dieu en dehors de qui il n'est point de divinité); d'après certains, les chrétiens jureront en ajoutant : « Dieu par qui a été révélé l'Évangile », et les israélites : « Dieu par qui a été révélé le Pentateuque » ; d'après d'autres auteurs, les chrétiens et les juifs se serviront de la même formule que les musulmans ; d'après le Moudaoueneh, le chrétien se bornera à dire : « Je jure par Dieu », sans dire « unique », car il ne croit pas à l'unité de Dieu (1).

Selon Moïammed, le cadi pourrait faire jurer le païen « par Dieu qui a créé le feu » ; Hanifa et la généralité des auteurs hanéfis n'admettent point cette forme. On doit faire jurer tout le monde « par Dieu » parce que, dit l'auteur de la « Hedaya », tout le monde croit en Dieu, ne lit-on pas dans le Coran : « Si vous demandez aux infidèles « Qui vous a créés ? », ils vous répondront : « C'est Dieu » (2). »

On ne doit pas admettre le serment fait « par la répudiation de ma femme », « par l'affranchissement de mon esclave » (3). Ces formules ne sont point recevables pour le serment, mode de preuve ; elles sont employées, ainsi que certaines autres telles que « par le lait de ma mère », par un individu qui prend un engagement.

Celui qui prête serment, jure debout, le visage

1. Tohfât, 208 à 210 ; Khalil Perron, II, 180 et V, 323, 324 ; Seignette, 1679 ; El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 227 ; Ohsson, VI, 231.

2 et 3. Hedaya, 405.

tourné vers la Kibla, selon Ebn Acem ; Khalil estime qu'il n'est pas nécessaire que celui qui jure regarde dans cette direction, si l'adversaire ne le demande (1).

Les Hanéfis se contentent du serment prêté devant le juge, ils n'exigent pas qu'il soit prêté le vendredi à la mosquée, le serment a toujours la même valeur, du moment qu'il est fait au nom de Dieu ; peu importe qu'il ait lieu à la mosquée ou un vendredi ; les auteurs hanéfis font de plus remarquer qu'imposer ces conditions de temps et de lieu amènerait des retards dans l'administration de la justice (2).

Au contraire lorsque l'affaire a une certaine importance, un quart de dinar au minimum, les Malékis admettent que le serment doit être prêté à la mosquée par le musulman, à l'église par le chrétien, à la synagogue par le juif, au temple par le païen (3).

El Bokhari rapporte qu'un homme de nom Zeïben-Tsabit refusa de prêter serment en montant sur la chaire de la mosquée, arguant que le Prophète a bien dit : « Tes deux témoins ou son serment », mais n'a pas spécifié un lieu plutôt qu'un autre pour la prestation du serment (4). Nawawi permet d'aggraver le serment en le déférant le vendredi à la mosquée pour les affaires où un intérêt pécuniaire très

1. Tohfât, 206 ; Khalil Perron, V, 326 ; Seignette, 1682.

2. Ohsson, VI, 231 ; Hedaya, 405.

3. Tohfât, 204 et 214 ; Khalil Perron, V, 325, 326 ; Seignette, 1680. 1681 ; Minhadj, III, 435.

4. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 225.

important est en jeu, et pour celles dont l'intérêt n'est pas pécuniaire (1).

Les Hanéfis s'en tiennent à la forme régulière du serment, nous venons de voir que leur théorie s'appuie sur des textes et sur des faits. C'est donc à tort que M. Massonié écrit : « Les Hanéfis prétendent, sans en justifier par un texte formel, qu'ils ne doivent prêter le serment que devant le cadi (2). »

Dans la pratique les musulmans d'Algérie se défèrent le serment sur les tombeaux des marabouts. Les plaideurs vont jurer sur tel ou tel marabout parfois très éloigné de la ville où siège le juge. Certains marabouts jouissent d'une grande considération tout au moins de la part de certaines tribus, d'autres n'ont pas le pouvoir de punir le plaideur qui fait un faux serment, aussi ne défère-t-on jamais de serment sur leurs tombeaux.

II

Il y aurait inconvénient à faire prêter serment aux femmes soit devant le juge, soit à la mosquée en public, car certaines femmes ne se montrent jamais en public. Lorsqu'il s'agit d'une affaire de moins d'un quart de dinar, la femme jure chez elle en présence de gens délégués par le cadi. Si le litige est important, il faut faire les distinctions suivantes :

1. Minhadj, III, 425.

2. G. Massonié, 104.

Si la femme est de celles qui ne sortent que la nuit, elle prêterait serment la nuit à la mosquée ; si elle ne sort jamais de chez elle, elle prêterait serment chez elle devant les délégués du cadi ; si ses occupations font qu'elle sorte le jour comme la nuit, elle jurera à la mosquée, le jour, comme un homme (1). Les femmes sont rangées dans une des trois catégories que nous venons d'énumérer, d'après leur rang social, celui de leurs maris et les habitudes locales.

La femme ne peut jurer à la mosquée pendant sa période de menstruation.

III

Le serment doit être précis dans son énoncé, le défendeur qui prétend ne pas devoir à son adversaire la somme qui lui est réclamée doit jurer : qu'il ne doit rien de cette somme, pour aucune cause, même autre que celle pour laquelle le demandeur la lui réclame (2).

Le serment ne doit pas contenir de restrictions mentales (3). Cependant Khalil permet à un individu à qui on réclame une somme d'argent, alors qu'il l'a payée, de jurer qu'il n'a rien reçu, en faisant la

1. Tohfât, 205 ; Khalil Perron, V, 326, 327 ; Seignette, 1683 ; Minhadj, III, 392.

2. Khalil Perron, V, 329, 330 ; Seignette, 1687.

3. Khalil Perron, V, 330. Minhadj, III, 436.

restriction mentale « dont il doive le remboursement » (1). Il faut noter l'intérêt de la possibilité de cette restriction mentale, dans une législation où l'aveu est divisible. Selon Hanifa et Mohammed, lorsque le demandeur réclame un esclave, qu'il prétend avoir acheté au défendeur, le défendeur doit jurer : « Je n'ai pas vendu tel esclave. » Abou Youçof se contenterait de la formule suivante, sauf réclamation du demandeur : « Il n'y a pas du tout de contrat de vente entre moi et le demandeur, à l'heure actuelle (2). » L'avantage de cette seconde formule est le suivant : il y a eu un contrat de vente entre les parties, mais il a été rescindé ; avec la formule d'Hanifa, le défendeur fait un faux serment, avec celle d'Abou Youçof il ne fait que dire la vérité.

Ce moyen de se soustraire à la divisibilité de l'aveu est assez fragile, puisque Abou Youçof permet au demandeur d'exiger un serment selon la formule indiquée par Hanifa ; et qu'Ebn-Acem est d'avis que le serment doit être prêté conformément au gré de celui qui le défère (3).

Pour éviter à la partie qui jure de faire involontairement un faux serment, on se contentera parfois d'un serment attestant, non pas le fait affirmé comme certain, mais seulement la bonne foi de celui qui

1. Khalil, Seignette, 1688.

2. Hedaya, 406.

3. Tohfât, 207.

prête le serment. Ainsi le débiteur remet au créancier un certain nombre de pièces de monnaie, le créancier soutient par la suite que les pièces n'avaient pas le poids normal, ou n'étaient pas en nombre suffisant, le débiteur devra jurer nettement qu'il a donné le nombre de pièces, mais seulement qu'il est de bonne foi quand il affirme que le titre des monnaies était régulier (1). Le débiteur a pu en effet donner une pièce fausse pour une bonne sans intention dolosive.

Cette hypothèse d'un serment de crédibilité n'est pas la seule, elle est particulière parce que le serment se rapporte à un fait personnel de celui qui jure, mais le serment de crédibilité est normalement admis lorsqu'il se rapporte à un fait d'autrui.

Dans cette circonstance il faut faire la distinction suivante : le serment est-il positif, il doit être prêté comme s'il se rapportait à un fait personnel à celui qui jure ; s'il est négatif, il suffira que le défendeur jure qu'il ignore le fait. L'héritier à qui l'on dit : « Votre père m'a fait remise de telle dette », doit seulement le serment suivant : « Je jure que je n'en sais absolument rien (2). » Cependant le maître, qui soutient que son esclave ou son animal n'a pas fait telle chose, ne doit pas seulement un serment de cré-

1. Khalil Perron, V, 328, III, 195 ; Seignette, 1585.

2. Hedaya, 406 ; Tohfât, 221, 222 ; Minhadj, III, 435 ; Fath al Qarib, 699.

dibilité, mais un serment tel qu'il serait obligé de le prêter si le fait lui était personnel (1).

La partie qui jure, sauf dans le cas de serment de crédibilité, ne doit jurer que si elle a l'intime conviction de ce qu'elle affirme, conviction qui se base sur l'observation personnelle du fait, ou sur la foi qu'on accorde à sa propre écriture ou à celle de son père (2).

Un individu tenu de prêter un serment de crédibilité prête par ignorance un serment ordinaire, devra-t-il prêter un serment de crédibilité? Abou Abd Allah Al Mouqri est pour l'affirmative, quoique des juristes aient soutenu le contraire; l'argument d'Al Mouqri est que le premier serment ne reposait pas sur la certitude, c'était donc un faux serment (3).

IV

La partie qui doit jurer peut obtenir un délai pour se remémorer l'affaire et examiner si elle est en position de prêter serment sans altérer la vérité, elle peut obtenir pour cela un répit de trois jours. Ce délai est accordé, soit au défendeur, soit au demandeur (4).

1. Minhadj, III, 435, 436.

2. Khalil, Perron, V, 328, 329; Seignette, 1686; Minhadj, III, 436.

3. Miyar, I, 189.

4. Khalil, Perron, V, 164; Minhadj, III, 429 et 439; Tohfah, 69.

Le serment ne serait pas différé si le demandeur avait produit un témoin et que ce soit au défendeur à jurer ; il en est de même lorsque l'affaire est depuis quelque temps devant le tribunal (1).

Lorsque la partie qui doit le serment est un mineur, on retarde le serment jusqu'à l'époque de sa majorité (2).

SECTION III. — *Effets du serment.*

I

La prestation du serment par le défendeur empêche-t-elle le demandeur de proposer des moyens de preuve ? Oui, selon Khalil (3).

Cette solution n'est pas uniformément admise. Taous, Ibrahim et Choraïch ont dit, selon El Bokhari : « La preuve juste l'emporte sur le faux serment. » Ils invoquent la parole du Prophète : « Quand vous plaidez devant moi, il peut arriver que l'un de vous soit plus habile à présenter ses arguments qu'un autre. Celui sur le dire habile de qui je décide qu'il aura droit à quelque chose du bien de son frère, je ne lui donne en réalité qu'un mor-

1. Khalil, Perron, V, 165.

2. Minhadj, III, 411 et ce que nous disons plus bas du mineur.

3. Khalil, Perron, V, 332 et 269 ; Seignette, 1692 et 1605.

« ceau de l'enfer, qu'il ne le prenne donc pas. » Les traducteurs nous font observer qu'il s'agit d'un demandeur qui, ignorant avoir une preuve, a déferé le serment, puis présente sa preuve après que le serment a été prêté (1). Ibrahim Halebi fait observer d'autre part que : « Si le serment a lieu, le défendeur est quitte de toute poursuite, à moins que le demandeur ne soit dans la suite en état de faire constater son droit par témoins » (2) ; et Nawawî exposant plus longuement la question enseigne : « Du reste le serment prêté par le défendeur, à défaut de preuves produites par le demandeur, a seulement pour effet de périmer l'instance, mais non d'annihiler le droit du demandeur. C'est pourquoi celui-ci peut, après avoir perdu son procès de la sorte, l'entamer à nouveau, s'il peut prouver en justice la vérité des faits sur lesquels était fondée sa demande (3). »

Le litige sera donc clos provisoirement par un jugement rendu au profit du défendeur, mais le demandeur pourra recommencer le procès. Seulement si le demandeur recommençait le procès sans avoir de preuve, il ne pourrait lors de cette seconde instance exiger le serment du défendeur (4).

1. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 227.

2. Ohsson, VI, 196.

3. Minhadj, III, 437.

4. Minhadj, III, 437.

Khalil, avons-nous dit, décide qu'une fois le serment prêté par l'adversaire, le demandeur ne pouvait plus présenter aucun moyen de preuve, il excepte cependant le cas où le demandeur a une excuse valable : il trouve des témoins ou une autre preuve qu'il ignorait, il sera admis à les produire en jurant qu'il les ignorait ou les avait oubliés (1). Dans ces circonstances le demandeur fait sa preuve après le serment du défendeur et avant le jugement, semble-t-il.

II

Lorsque le défendeur refuse de jurer, il est condamné en rite hanéfi, sans qu'il y ait lieu de référer le serment au demandeur. Son silence sera considéré comme un refus, sauf s'il s'explique par sa surdité ou sa mutité. Le juge le sommera trois fois de répondre, mais si cette formalité a été omise, il n'y aura pas pour cela cassation (2).

Les Imams des rites maléki, chaféi et hambali, exigent que, dans le cas où le défendeur refuse de jurer, le serment soit référé au demandeur; si le demandeur jure, il obtiendra gain de cause. Malek ne donnerait gain de cause au demandeur après son ser-

1. Khalil, V, 151.

2. Hedaya, 402 ; Ohsson, VI, 197 ; Charani, Balance, 411 ; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 79.

ment que s'il s'agissait d'un fait susceptible d'être prouvé par le témoignage d'un seul témoin accompagné du serment du demandeur (1). Selon l'auteur de la « Hedaya », la raison pour laquelle ces Imams exigent que le serment soit référé au demandeur est que le refus du défendeur peut s'expliquer de plusieurs façons. Le défendeur ne veut pas jurer soit pour ne pas prêter un faux serment, soit parce qu'il lui répugne de prêter serment, soit parce qu'il n'a pas la certitude voulue pour jurer (2). Le défendeur, qui ne jure pas, ne confesse donc pas par cela même le bon droit de son adversaire.

Ebn Acem distingue deux hypothèses: lorsque le défendeur a contre lui une présomption grave, il doit jurer; s'il ne jure pas, il sera condamné sans que le demandeur ait à prêter serment; si le défendeur devait jurer, simplement parce qu'il a nié les prétentions de son adversaire, il pourra référer le serment à son adversaire (3). L'opinion d'Ebn Acem nous semble isolée, il paraît bien qu'en rite maléki le défendeur ne soit jamais condamné sur son refus de prêter serment, sans que le serment soit prêté par le demandeur.

Lorsque le serment est déféré au défendeur, celui-

1. Charani, *Balance*, 431; Khalil, *Perron*, V, 333; Seignette, 1693; Fath al Qarib, 697.

2. Hedaya, 403.

3. Tohfah, 214, 220.

ci au lieu de le prêter peut le référer à son adversaire. Le serment est encore référé au demandeur, sauf en rite hanéfi, dans le cas de refus catégorique du défendeur ; le silence du défendeur ne suffirait pas, il peut s'expliquer par suite du fait qu'il réfléchit (1).

Lorsque le demandeur doit prêter le serment référé, s'il jure, il a gain de cause ; s'il refuse de jurer sans invoquer une excuse valable, il ne pourra être admis à prêter serment plus tard, ni recommencer le procès ; s'il motive son refus en disant qu'il désire réfléchir ou rechercher des preuves, on lui accorde un délai de trois jours (2).

Dans le cas où le demandeur, qui pouvait faire sa preuve au moyen d'un témoin unique et d'un serment, a préféré, après la production du témoin, déférer le serment au défendeur, il semble bien que le refus du défendeur n'entraîne pas *de plano* gain de cause pour le demandeur ; mais après refus du défendeur, le demandeur peut revenir sur sa décision et prêter le serment qu'il avait déferé (3).

1. Khalil Perron, V, 334 ; Seignette, 1697 ; Hedaya. 402 ; Minhadj, III, 438 ; Fath al Qarib, 697.

2. Tohfât, 67 ; Minhadj, III, 439.

3. Minhadj, III, 438.

III

Le serment ne fait pas preuve en toutes matières. Au civil sa portée semble limitée. Nous avons vu que selon Charani, Malek déciderait que lorsque le serment a été refusé par le défendeur et déferé au demandeur, celui-ci n'aurait gain de cause que s'il s'agissait d'une affaire dans laquelle un témoignage unique avec le serment du demandeur ferait preuve, c'est-à-dire une affaire d'intérêt pécuniaire (1).

Hanifa décide que le serment n'est pas recevable en matière de mariage, de divorce, de filiation, d'affranchissement ; ses disciples admettent au contraire que même dans ces matières le demandeur peut, faute de preuve, exiger le serment du défendeur.

Hanifa qui repousse le serment lorsqu'il s'agit de prouver le divorce, le mariage, la filiation, l'affranchissement, l'admet lorsque le litige porte seulement sur des conséquences pécuniaires du mariage, du divorce, de la filiation ou de l'affranchissement, c'est-à-dire sur une question de dot ou de succession par exemple (2).

En matière criminelle, le késamé et le liane mis à part, le serment n'est pas admis. « En matière crimi-

1. Charani, Balance, 431.

2. Hedaya, 403.

« nelle, nous dit Ibrahim Halebi, le serment n'est pas
« admissible parce qu'on ne peut décerner une peine
« afflictive que sur la conviction du crime, et que cette
« conviction ne s'acquiert que par l'aveu de l'accusé
« ou par la preuve testimoniale(1). »

Cependant d'une part, l'accusé sur qui pèsent certains soupçons et qui est incarcéré peut, en jurant qu'il est innocent, obtenir la liberté. D'autre part, le serment pourra servir pour établir au civil les dommages causés par le délit, et faire condamner le coupable au paiement d'une indemnité ou s'il s'agit d'un vol, à la restitution (2).

Dans les matières où le serment est recevable, il ne l'est qu'à défaut de preuve, la partie contre qui on vient de prouver quelque fait ne peut exiger le serment de son adversaire ; mais lorsque l'adversaire a fait sa preuve, la partie qui soulève une exception et ne peut l'établir, a le droit de déférer le serment à l'autre sur l'exception (3).

Il peut y avoir contestation sur le point de savoir si le serment a déjà été prêté. Supposons que le demandeur requiert le serment du défendeur, celui-ci soutient qu'il a déjà juré, il pourra obliger le demandeur à jurer que lui défendeur n'a pas prêté serment.

1. Ohsson, VI, 197.

2. Ohsson, VI, 197 ; Hedaya, 402 ; Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 78 ; Miyar, I, 299.

3. Minhadj, III, 429.

Si le demandeur jure, il pourra exiger le nouveau serment du défendeur qui le refusait (1). Remarquons d'ailleurs que pour éviter ces discussions les adouls des mahakmas tiennent note des prestations de serment.

IV

Le serment ne profite qu'à celui qui le prête. Lorsqu'il y a plusieurs demandeurs et que le serment leur est déferé, ceux-là seuls qui le prêteront auront droit à l'objet de la demande (2).

SECTION IV. — *Capacité nécessaire pour prêter serment.*

Un individu pubère émancipé et non frappé d'incapacité peut valablement prêter serment.

Si, bien que pubère, il est incapable, c'est-à-dire non émancipé ou interdit, il pourra compléter par son serment le commencement de preuve résultant d'un témoignage unique (3).

Lorsqu'un impubère se prétend libéré d'une obligation, on ajourne le serment jusqu'à sa majorité, mais le juge rend provisoirement un jugement en sa

1. Minhadj, III, 437; Khalil Perron, V, 156.

2. Minhadj, III, 411.

3. Tohfât, 223 et 228; Khalil Perron, V, 266 et 267.

faveur (1), de telle sorte que l'impubère n'est pas inquiété jusqu'à cette époque. On peut induire de cette décision que le pubère incapable pourra prêter ce serment.

Si l'impubère a produit un témoin et que son adversaire nie le bien-fondé de la demande, on défère le serment au défendeur au lieu de le déférer au demandeur impubère. Si l'adversaire refuse de jurer, l'impubère a gain de cause, si l'adversaire jure, on met sous séquestre l'objet litigieux jusqu'à la puberté de l'impubère qui devra alors prêter serment (2). Si à ce moment l'impubère ne jure pas, il n'y aura pas à faire prêter un nouveau serment à son adversaire (3).

L'esclave peut compléter par son serment le commencement de preuve résultant d'un témoignage unique (4).

On n'appelle point le père du mineur à jurer à la place de son fils (5) ni le tuteur à la place de son pupille (6).

Cependant on trouve, dans la « Tohfât », des exemples de serments prêtés par un tuteur aux lieu et place de sa pupille. En cas de contestation sur le montant

1. Tohfât, 224 ; Khalil Perron, V, 267 ; Seignette, 1601.

2. Tohfât, 225, 226.

3. Khalil Perron, V, 269 ; Seignette, 1604.

4. Khalil Perron, V, 266, 267 ; Seignette, 1598.

5. Khalil Perron, V, 267 ; Seignette, 1599 ; Tohfât, 229.

6. Tohfât, note 149.

de la dot, on fait prêter le serment à la femme, si elle n'est plus en tutelle. « Sinon le serment sera déféré
« au tuteur, qui a contracté pour elle » et en cas de discussion sur la perception de la dot : « Ou bien le
« serment doit être déféré à la personne sous la tutelle
« de qui la femme se trouve (1). »

Il semble que le tuteur pourrait prêter serment pour son pupille, mais n'y serait pas tenu. « Le tuteur qui demande le paiement d'une créance de son
« pupille, ne saurait être forcé de jurer, en cas de
« dénégation, ou refus de jurer de son adversaire ;
« sauf selon quelques juristes, si la cause de la
« créance constituait un fait personnel au tuteur (2). »

Le serment ne peut être prêté par l'intermédiaire d'un mandataire (3).

SECTION V. — *Le juge doit-il être autorisé par une des parties pour déférer le serment à l'autre.*

En droit musulman, le serment est déféré par le cadi et jamais directement par une des parties à son adversaire (4). Faut-il dire que le cadi pourra déférer le serment sans prendre l'assentiment du deman-

1. Tohfât, 396 et 413.

2. Minhadj, III, 440

3. Khalil Perron, IV, 221.

4. Khalil Perron, V, 323.

deur ? MM. Houdas et Martel soutiennent que lorsque le demandeur ne peut faire sa preuve, le cadi ne doit déférer le serment au défendeur qu'à la requête du demandeur (1).

M. Pfender fait sienne cette opinion (2) : il prétend, de plus, distinguer le serment déféré d'office par le juge et celui qui ne peut être déféré qu'à la demande d'une des parties. Il avoue d'ailleurs que cette distinction n'est pas nettement marquée par les auteurs musulmans. D'après lui, le cadi n'a pas le pouvoir de déférer d'office le serment au défendeur, en cas d'absence totale de preuve du demandeur, il invoque l'autorité de MM. Houdas et Martel. Le cadi serait au contraire en mesure de déférer d'office le serment lorsqu'il y aurait un commencement de preuve. Ici M. Pfender fait une subdivision : « Le juge peut et « doit même, suivant les cas et la nature du litige, « déférer le serment, soit au demandeur pour com-
« pléter une preuve imparfaite par lui fournie, soit
« au défendeur pour détruire un commencement de
« preuve apporté à son encontre. »

Le juge devrait déférer d'office le serment au demandeur qui a produit un témoin lorsqu'on se trouve en une matière où la preuve est faite par le témoignage d'un homme avec le serment du demandeur.

1. Tohfât, note, 13.

2. Pfender, thèse, 116, 121

Le juge aurait la possibilité de déférer le serment au défendeur lorsque en matière de diffamation, répudiation, affranchissement, le demandeur a produit un témoin.

M. Pfender en arrive donc à distinguer trois sortes de serment : Serment qui ne peut être déféré qu'à la demande des parties, serment qui doit être déféré d'office, serment qui peut être déféré d'office.

Nous ne croyons pas altérer la théorie de M. Pfender en la résumant ainsi. En effet page 116 M. Pfender traite « du serment déféré par l'une des parties », page 118 « du serment déféré d'office par le juge », page 119 après avoir dit « le juge peut et doit même, suivant le cas, etc. » il ajoute : « Les textes nous permettent de déterminer nettement ces deux cas. » M. Pfender fait une division 1^o dans laquelle le serment est déféré au demandeur, et il mentionne que c'est une obligation de le lui déférer ; dans une division 2^o il expose le cas où le serment est déféré au défendeur.

Nous sommes amené à conclure que c'est dans ce deuxième cas que la délation du serment est facultative pour le cadi.

Peut-on prétendre que dans le passage précité : « Le juge peut et doit même » il n'y a pas une distinction entre deux hypothèses : celle où le juge peut, celle où il doit, mais seulement un renforcement de mots. Cela peut être mais n'empêche pas de dire que

M. Pfender distingue deux sortes de serments déferés d'office. Dans sa division 2^e il n'insiste pas comme dans la première pour affirmer que le cadi est dans l'obligation de faire prêter serment.

De quelque façon qu'on interprète la théorie de M. Pfender, il y a un point indiscutable, c'est qu'elle distingue des cas où le juge n'a pas le pouvoir de déferer le serment sans le consentement de l'adversaire et des cas où il peut le faire, ces cas sont ceux où un témoin a été produit. Nous voulons démontrer que, quel que soit le sens que l'on donne à la seconde partie de cette théorie, toute la théorie est fausse.

Son auteur est d'ailleurs obligé d'y ajouter cette remarque : « Cependant le juge musulman peut quelquefois déferer d'office le serment au demandeur, bien que celui-ci n'ait apporté aucune justification de ses prétentions ; cette exception peut se produire quand le défendeur refuse de répondre à la demande qui est formulée à son encontre et que le juge a fait de vains efforts pour obtenir de lui une réponse. Encore n'est-ce là qu'une exception apparente, car le refus du défendeur peut être considéré comme une reconnaissance tacite des prétentions du demandeur, constituant au moins en faveur de ce dernier un commencement de preuve (1). »

Nous voulons reprendre entièrement la théorie et

1. Pfender, thèse, 120.

la critiquer. Disons tout d'abord que nous ne nous occupons pas ici du serment déféré par le juge, en cas de preuves fournies par les deux parties. Nous laissons ce point de côté. M. Pfender ne le fait pas entrer dans sa discussion, et d'autre part on ne peut nous reprocher de ne pas l'y introduire, parce que dans cette hypothèse le juge défère d'office le serment aux deux parties. Nous étudierons ce serment en parlant des conflits de preuves.

L'exception que mentionne M. Pfender est assez mal présentée. Le refus du défendeur de prêter serment n'est considéré comme un aveu que par les Hanéfis qui condamnent le défendeur sans référer le serment au demandeur. Dans les autres rites ce n'est pas un aveu, le juge doit référer le serment au demandeur après avoir essayé de décider le défendeur à répondre.

La distinction qu'a faite M. Pfender entre les cas où le juge peut et ceux où il doit déférer le serment nous paraît infondée. Nous estimons que dans les exemples de serment déféré d'office par le juge, que donne M. Pfender, le juge est toujours tenu de déférer le serment ; les textes qu'il invoque ne distinguent pas. « La quatrième sorte de témoignage ne prouve pas le droit du demandeur, mais entraîne le serment du défendeur (1) », dit Ebn Acem ; cette disposition

1 Tohfât, 171.

nous paraît impérative et non pas facultative pour le juge.

Dans un passage du « Minhadj », Nawawi semblerait ne pas imposer au juge l'obligation de référer le serment, mais lui en donner simplement la possibilité. Lorsque le défendeur refuse de jurer « le juge peut le « déclarer contumace même implicitement, en référant le serment au demandeur » (1). Faut-il dire que le juge ne soit pas obligé de référer le serment? Il en est tenu, mais il doit examiner auparavant si le refus du défendeur est injustifié, nous l'avons vu en étudiant les effets du serment.

Si l'on s'en tient uniquement à la distinction entre le serment déféré d'office et le serment déféré à la requête des parties, peut-on accepter la théorie de M. Pfender.

Nous ne croyons pas pouvoir le faire. Nous admettons que le cadi n'a pas besoin du consentement d'une des parties du demandeur, par exemple, pour déférer le serment à l'autre, au défendeur. Notre opinion se base sur la conduite du Prophète rapportée par El Bokhari, nous citons le passage en entier : « Selon Abdallah, l'Envoyé de Dieu a dit : « Celui « qui prête un serment sachant qu'il ment, et cela « dans le but de s'approprier une partie du bien d'un « musulman, trouvera Dieu plein de colère contre

1. Minhadj, III, 438.

« lui, lorsqu'il le rencontrera. » « Par Dieu ! dit El
« Achats, c'est à mon sujet que ces paroles ont été
« prononcées. Une contestation s'était élevée contre
« moi et un homme à propos d'une terre et cet
« homme niait qu'elle m'appartint. Je le conduisis
« devant le Prophète : As-tu des témoins ? me de-
« manda l'Envoyé de Dieu. — Non, répondis-je. Alors
« s'adressant au juif, il lui dit : « Jure. » — O Envoyé
« de Dieu, m'écriai-je, il va jurer et je vais perdre
« mon bien. » Dieu révéla à ce moment ce verset :
« Certes, ceux qui, moyennant un engagement envers
« Dieu et des serments, achètent à vil prix... » (Sou-
rate III, v. 17) (1).

Dans cet exemple, non seulement le Prophète ne prend pas le consentement du demandeur pour déférer le serment au défendeur, mais encore il le défère contre sa volonté.

Nous prévoyons l'objection suivante : « Rien ne démontre que, dans l'exemple, le juif n'avait la possession de la terre ; s'il possédait, il avait pour lui un commencement de preuve, autorisant le juge (ici le Prophète) à lui déférer le serment. Nous admettons que le juif possédait, il y a bien des chances pour qu'il en fût ainsi, puisqu'il était défendeur. On nous dira : Si le juif possédait, votre exemple ne prouve rien, car il avait une présomption en sa faveur, le

1. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 223.

serment n'est pas déferé en l'absence totale de preuve.

Nous admettons que le juif possédait, nous le faisons d'autant plus volontiers que cette concession ne nous nuit pas. Lorsque nous avons recherché quel adversaire était demandeur, quel était défendeur dans un procès, nous sommes arrivé à conclure, dans le chapitre II du titre 1^{er} de notre étude, que le défendeur était celui qui en sa faveur avait une présomption et que le demandeur était celui qui en avait une contre lui. La possession de l'objet litigieux est justement une des présomptions qui distinguent le demandeur du défendeur. On peut donc dire que dans tous les cas le juge peut se passer du consentement du demandeur pour déferer le serment au défendeur parce que dans tous les cas le défendeur a une présomption en sa faveur.

Nous ne pensons pas que l'on puisse nous objecter que la possession est une présomption très grave, qu'il y en a de moins grave n'autorisant pas le juge à déferer d'office le serment. Cette classification n'est pas faite, d'autre part nous avons signalé déjà un passage du « Miyar » rapportant un procès dans lequel un musulman prétendait s'être libéré envers un juif d'une dette d'argent, ce que le juif niait. Dans cette hypothèse, la question se posait de savoir s'il fallait faire prêter serment au juif ou au musulman, nous avons vu que quelques auteurs proposaient de faire

jurer le musulman de crainte que son adversaire soit malhonnête, sinon le défendeur aurait juré malgré les protestations du demandeur (1). Dans cet exemple le juge déférerait d'office le serment, il le déférerait au défendeur faute de preuve de la part du demandeur, quel commencement de preuve le défendeur avait-il pour lui ? tout simplement que sa créance ayant été établie, l'extinction de cette créance n'était pas présumable ; il n'avait ni témoin, ni possession puisqu'il ne s'agissait pas d'un bien susceptible de possession.

Avons-nous des textes contre notre théorie ? Nous ne le pensons pas. Un passage de Khalil ou pour mieux dire de son commentateur El Karchi indique que le juge ne doit déférer le serment au défendeur que du consentement du demandeur (2). Cela doit s'expliquer par cette considération que le demandeur peut avoir des moyens de preuve à faire valoir. Le cadi doit s'en assurer avant de déférer le serment. Le demandeur peut en effet choisir entre deux choses : faire sa preuve, déférer le serment (3). Cette raison est mise en relief par un passage du Fath al Quarib : « Quant au serment décisoire, on ne peut le « déférer au défendeur ou selon quelques exemplaires du Précis, on ne peut l'exiger du défendeur, le « mot « on » désignant « le juge », à moins que le

1. Miyar, II, 32, 33.

2. Khalil Perron, V, 157.

3. Minhadj, III, 378 ; Hedaya, 401.

« demandeur n'en ait manifesté le désir au juge, « parce qu'il préfère le serment décisive à l'obligation de fournir la preuve légale (1). »

La possibilité pour le juge de déférer le serment sans le consentement du demandeur est-elle sans limites ? Nous croyons avoir suffisamment montré que le serment ne devait pas être déféré indistinctement au demandeur ou au défendeur, que de plus il ne pouvait intervenir que dans des matières déterminées. Nous avons fait remarquer qu'il y a un cas où un individu peut prêter serment, mais où ni le juge, ni l'adversaire n'ont le droit de le lui déférer, c'est le cas de l'accusé d'un crime qui jure qu'il est innocent, son refus de prêter serment ne suffit pas à le faire condamner, mais son serment le libère. Cette hypothèse ne doit pas amener à conclure qu'il y a un cas où il peut y avoir serment, mais pas serment d'office, et que partant notre théorie est fausse, parce que, s'il est vrai que le juge ne peut dans ce cas exiger le serment, il ne pourra pas davantage obliger l'accusé à jurer à la demande du plaignant.

Nous ne croyons pas donner des pouvoirs plus forts au cadi que M. Pfender, qui, s'il refuse au cadi le droit de déférer le serment d'office en cas d'absence de preuve, lui accorde le droit de le déférer au défendeur alors que le demandeur a produit un témoin (2).

1. Fath al Qarib. 683.

2. Pfender, thèse, 119.

Ces solutions sont contradictoires : le juge qui ne pourrait déférer le serment au défendeur si le demandeur n'avait pas du tout de témoin, le pourrait si le demandeur en avait un.

Le juge doit-il déférer le serment ou bien est-ce pour lui une simple faculté? Le juge ne pourra très certainement refuser de déférer le serment à la demande des parties; il devra le déférer même lorsque les parties ne l'exigent pas parce que les textes qui parlent du serment portent que le serment est déféré, doit être déféré, mais ne disent jamais peut être déféré selon le désir du juge. Les paroles du Prophète : « Au demandeur la preuve, au défendeur le serment » n'indiquent pas que le défendeur puisse être dispensé par le juge de prêter le serment. De même que le cadi doit exiger des preuves du demandeur, de même il devra exiger le serment du défendeur.

Si malgré tout on admet que le serment ne peut dans certaines hypothèses être déféré au défendeur que du consentement du demandeur, que se passerait-il si le demandeur s'opposait à ce que le serment soit déféré? Il semble bien que le juge devrait débouter le demandeur. Par conséquent le demandeur perd son procès soit qu'il puisse s'opposer au serment, soit que le serment soit déféré et prêté malgré lui.

Nota. — A. — Il serait inexact de dire que la partie qui doit jurer n'est pas l'objet de certaines me-

sures de contrainte destinées à lui faire prêter serment. Remarquons qu'on n'usera jamais de violence pour empêcher quelqu'un de jurer ; mais par contre, lorsqu'un individu doit jurer et qu'il s'y refuse ou qu'il refuse de nier ou d'admettre le bien-fondé des prétentions de son adversaire, on pourra l'incarcérer (1) ; d'ailleurs, au cours de cette étude, spécialement au chapitre de l'aveu, nous avons examiné des hypothèses de contrainte exercée contre la partie qui doit le serment. Nous ne voulons pas y revenir.

B. — Il est une hypothèse de serment dont nous n'aurions pas cru devoir parler si elle n'avait occasionné une erreur. Ce serment est visé principalement par un passage d'Ebn Acem et un fragment de Charani: « Le serment relatif à une libération prétendue, porte la « Tohfât », est nécessaire, quand l'une « des personnes est morte ou n'est pas présente. » « Malek et Chaféï, dans sa manière de voir la plus « nette, écrit Charani, décident que lorsqu'une preuve « est élevée contre un absent ou contre un mineur, « ou contre un aliéné, il faut que le demandeur la « fasse suivre d'un serment judiciaire (2). »

Dans une note les traducteurs de la « Tohfât » expliquent que le passage d'Ebn Acem a trait aux hypothèses suivantes :

1. Ohsson, VI, 239 ; Tohfât, 54.

2. Tohfât, 215 ; Charani, Balance, 427.

1° Le créancier d'une personne décédée poursuit le paiement de sa dette contre les héritiers, il fait la preuve de l'obligation, les héritiers prétendent que leur auteur était libéré, le créancier devra jurer que le défunt ne s'était pas libéré ;

2° Les héritiers d'une personne décédée poursuivent un débiteur du défunt, le débiteur se prétend libéré, les héritiers devront jurer qu'ils ignorent la libération (1).

Faut-il dire avec MM. Houdas et Martel que l'on exige le serment du demandeur ? La traduction de Charani semblerait le laisser croire. On exige bien le serment de la partie qui au début de l'instance était demanderesse, mais cette partie a prouvé son droit, l'adversaire qui jusque-là était défendeur, invoque une cause de libération, *reus in expiendo fit actor*, il devient demandeur et le demandeur primitif devient défendeur. Le litige porte alors sur ce point : Y a-t-il eu libération ? Celui qui l'invoque ne peut l'établir, il pourra exiger le serment de celui qui la nie. Donc cette hypothèse n'est point exceptionnelle.

Yemin el Bardâ. Le serment de la bardâ.

Nous signalons une forme de serment qui nous a été présentée comme spéciale à l'Algérie. Quelques

1. Tohfât, note 136.

juristes musulmans nous ont même affirmé que le serment de la « bardâ » aurait été spécial à la région algéroise ; des renseignements que nous avons puisés à Constantine nous permettent de croire que ce serment se pratiquait en Algérie d'une façon générale.

Voici en quoi consiste ce serment : Celui qui le prête, jure qu'il a le droit pour lui, et pour jurer il est revêtu d'une bardâ, c'est-à-dire d'un bât. Si le serment est faux, le plaideur de mauvaise foi est métamorphosé en âne. Si cette transformation n'a pas lieu sur terre, elle aura lieu dans une autre vie. D'autres disent que le plaideur ne deviendra pas un âne, mais qu'il sera affligé de la bêtise de cet animal.

Le cérémonial du serment de la bardâ varie : D'après les renseignements que nous avons eus, on aurait fait, sur les yeux et sur les poignets du jureur, une onction avec de l'huile mélangée à un peu de terre prise sur le tombeau d'un marabout. L'huile brûlerait les yeux du plaideur s'il ment, lui paralyserait les mains. Enfin une poésie arabe qui parle de ce serment porte que : « On fit jurer l'individu dans la bardâ, sur l'enclume et sur le marteau. »

L'explication du rôle de l'enclume et du marteau est, peut-être, que le faux jureur sera écrasé comme le métal entre l'enclume et le marteau.

Ce serment était déféré très certainement aux israélites. Dans la poésie dont nous citons le vers qui précède, c'est d'un israélite que l'on parle. Si on

interroge les musulmans, ceux qui veulent bien reconnaître que le serment de la bardâ a existé, affirment que ce serment était uniquement déféré aux israélites. Nous avons cependant des raisons de croire que ce serment pouvait être déféré à des musulmans.

Un magistrat nous a rapporté qu'il avait entendu raconter par un indigène de Blida digne de foi que ce serment avait été prêté à Blida au marabout de la rue du Bey par un musulman (1). D'autre part, un interprète judiciaire nous a affirmé que ce serment avait été déféré à la justice de paix de Blida par un musulman à un musulman ; le juge ne crut pas devoir accéder au désir du plaideur ; mais cela montre suffisamment la possibilité d'employer ce serment à l'égard d'un musulman.

Il est bien certain qu'on ne devait pas le déférer aux gens jouissant d'une bonne considération.

Quelle est l'origine de ce serment ? Il n'est pas islamique. Certains musulmans nous ont affirmé qu'il proviendrait de coutumes juives, ce dont tous les israélites et rabbins algériens que nous pûmes interroger se défendent avec chaleur. Musulmans et israélites refusent d'accepter la paternité de cette forme de serment qui leur paraît ridicule à l'heure actuelle.

Ce serment pourrait se rattacher aux pratiques de

1. Cela aurait eu lieu il y a une trentaine d'années.

magie de l'Afrique du Nord. La métamorphose en âne est une idée depuis longtemps familière à cette région. On la retrouve dans l'antiquité dans le conte si connu d'Apulée : *L'Ane d'Or*. Chacun se souvient de l'origine berbère d'Apulée. L'âne entraîne une certaine idée d'infamie dans l'Afrique du Nord : au Maroc par exemple la promenade à âne d'un condamné constitue une forme de note d'infamie.

C'est pourquoi nous nous rallions volontiers à l'idée d'une origine locale et magique.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

D'une façon générale, c'est au défendeur à prêter serment. Lorsque le demandeur ne peut prouver sa demande, on exige le serment du défendeur (1).

Le demandeur pourrait ne pas prendre la peine de présenter des moyens de preuve, et se borner à déférer le serment à son adversaire (2).

Le serment n'est pas exigé du défendeur lorsque le demandeur a fait sa preuve (3). Le serment est exigé d'un individu qui a fait sa preuve, si le procès avait lieu contre un individu décédé en la personne de ses héritiers (4). Cette hypothèse ne nous paraît pas très particulière, nous l'avons rencontrée en droit sunnite et nous avons fait à son propos des remarques sur lesquelles nous ne revien drons pas.

1. Query, II, 407.

2. Query, II, 410.

3. Query, II, 401.

4. Query, II, 403.

Lorsque le serment est déféré au défendeur, celui-ci peut le prêter, le référer ou refuser de le prêter.

Si le défendeur jure, le procès est clos à son profit et le demandeur ne sera plus admis à renouveler l'instance même en produisant la preuve que le défendeur a fait un faux serment. Pour que le défendeur pût être de nouveau poursuivi, il faudrait qu'il eût avoué avoir fait un faux serment (1).

Si le défendeur réfère le serment, le demandeur doit le prêter sous peine de perdre son procès (2).

Si le défendeur refuse de jurer, le serment est déféré à son adversaire (3).

Si le défendeur garde le silence, le juge lui fera trois sommations, après quoi les uns décident que le serment sera déféré au demandeur, les autres qu'on mettra le défendeur en prison et qu'on lui fera subir une peine corporelle jusqu'à ce qu'il se décide à parler (4).

Lorsque le défendeur a déféré le serment, puis s'offre à le prêter avant que le demandeur n'ait juré, El Toussi l'y autorise si le demandeur y consent, El Mohekkik l'y autorise dans tous les cas, parce que le défendeur n'a pas renoncé à son droit de prêter le serment (5).

1. Query, II, 402.

2. Query, II, 402, 407, 408.

3 et 4. Query, II, 403.

5. Query, II, 408.

Le demandeur peut être appelé à prêter serment pour parfaire le commencement de preuve résultant d'un témoignage unique en sa faveur. Ce serment a été autorisé par le Prophète et après lui par l'Imam Ali (1). Il peut intervenir dans les procès ayant trait à la propriété, ou à des crimes n'entraînant que des condamnations à une indemnité et non pas dans les procès intéressant les questions d'état ou les crimes punis d'une peine corporelle. Il peut servir à faire condamner le voleur à la restitution ou le coupable d'un autre crime à une indemnité (2).

Le serment, d'une façon générale, n'est pas déféré dans les hypothèses d'un crime puni d'une peine corporelle, il ne peut servir qu'à établir un crime au point de vue des indemnités pécuniaires que le coupable devra payer (3).

II

Le serment doit être prêté au nom de Dieu, même par l'infidèle. « Cependant, ajoute El Mohekkik, si le « juge croit que le serment déféré à un infidèle est « plus effectif s'il est fait par un autre nom que le « nom de Dieu, il lui est permis de l'accepter » (sous cette forme) (4).

1. Querry, II, 407 et 411.

2. Querry, II, 410, 411, 466; I, 621.

3. Querry, II, 409.

4. Querry, II, 405.

Le serment peut recevoir plus de force par suite des circonstances dans lesquelles il est prêté, par exemple s'il est prêté le vendredi à la mosquée. (Ce serment est désigné dans la traduction de Querry sous le nom de serment corroboré.) On recommande au juge de déférer le serment sous cette forme lorsqu'il s'agit d'une affaire civile importante. El Mohekkik enseigne cependant que « si le défendeur refuse de « faire le serment corroboré, il ne pourra y être con- « traint, et ce refus n'en portera pas la présomption « de refus absolu de faire serment » (1).

Pour la forme du serment on distingue comme en droit sunnite le serment ayant trait à un fait personnel, et celui ayant trait à un fait d'autrui (2).

Le serment peut être prêté à domicile par les femmes et les personnes qui ne peuvent se transporter devant le juge.

Le muet prête serment par signe (3).

Le serment ne peut être fait par mandataire, mais lorsque le défendeur est esclave, son maître prête serment à ses lieu et place (4). Enfin lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, ils doivent tous le serment (5).

1. Querry, II, 406, 407.

2. Querry, II, 407.

3. Querry, II, 406, 407.

4. Querry, II, 409.

5. Querry, II, 412.

RITE ABADI

Le serment en rite abadi est prêté par le défendeur. Le demandeur n'est pas admis à compléter, par son serment, le commencement de preuve résultant d'un témoignage unique.

Le défendeur peut référer le serment au demandeur.

Si le défendeur refuse de jurer, il perd son procès sans qu'il y ait lieu de référer le serment au demandeur.

Dans la pratique, le serment n'est déferé au défendeur que sur la demande du demandeur, mais si celui-ci s'opposait à ce que le serment fût déferé, il perdrait son procès.

Les femmes qui ne sortent pas prêtent serment à domicile.

Lorsque l'affaire est minime, les parties ne se dérangent pas pour prêter serment, elles le font au nom de Dieu devant le juge. Lorsque l'intérêt du litige est assez élevé, le serment est prêté à la mosquée devant un adel, ou bien devant le juge qui se transporte dans les cas très importants.

CHAPITRE V

Le serment d'anathème. El Liane

« S'il est au monde une chose, une réalité absolument réfractaire à toute démonstration juridique, « c'est certainement un cas d'adultère devant un juge « musulman », écrit M. de Nauphal (1). Nous avons vu en effet que le plaignant devait fournir quatre témoins concordant sur les moindres détails. El Bokhari rapporte, sous l'autorité d'Ebn Abasse, qu'un homme était venu se plaindre au Prophète d'être trompé par sa femme qu'il avait surprise sur le fait, le Prophète menaça le mari de le traiter en calomniateur s'il ne prouvait pas son accusation. Le plaignant fit remarquer au Prophète combien cela était dur. Le Prophète resta inflexible ; mais il reçut par la suite la visite de l'ange Gabriel qui lui enseigna que le liane pourrait prouver le crime de la femme. Le mari ayant prêté les quatre serments, la coupable avoua son crime (2).

1. J. de Nauphal, *Filiation et Divorce*, 77.

2. J. de Nauphal, *Filiation et Divorce*, 19 et 22.

La procédure du serment d'anathème est indiquée dans le Coran. Elle se résume ainsi : le mari qui accuse sa femme d'adultère et ne peut faire la preuve par témoins jure quatre fois que la femme a commis la faute et demande que la malédiction de Dieu l'accable s'il ment. La femme à son tour peut répondre qu'elle est innocente en prononçant une formule similaire (1).

Le muet peut exprimer le liane au moyen de signes d'après Malek, Chaféi, et Hambal, mais non d'après Hanifa (2).

Le liane ne peut être prononcé que par le mari. Le mari doit être majeur, sain d'esprit, musulman. Le mari esclave ou calomniateur ne peut se servir du liane en rite hanéfi. L'exclusion de l'esclave, du non musulman et du calomniateur est édictée pour ce motif que les auteurs musulmans, tout au moins les hanéfis, considèrent que le liane est un témoignage fait sous serment. Si le liane est un témoignage, il ne peut être prononcé par l'esclave ou l'infidèle qui sont indignes de témoigner (3).

Lorsqu'un individu incapable de prononcer le liane aura accusé sans preuve sa femme, il sera condamné comme calomniateur.

Le liane ne peut être prononcé contre la femme

1. Coran, sourate XXXIV, 6 à 9 et v. 15.

2. Charani, Balance, 254; Hedaya, 125.

3. Khalil Fagnan, 168; Hedaya, 123.

esclave, non musulmane, calomniatrice, démente, mineure ou qui a déjà commis un adultère, parce que cette femme ne pourrait répondre par un serment à celui de l'accusateur. Si le mari d'une telle femme l'accuse d'adultère, il ne pourra recourir au liane, mais comme d'autre part ce n'est pas à cause de lui que le liane ne peut intervenir, il ne sera pas puni comme calomniateur.

L'impossibilité de se servir du liane contre certaines femmes repose sur une parole du Prophète : « Il y a quatre sortes de femmes vis-à-vis desquelles le liane ne peut avoir lieu : les juives et les chrétiennes mariées à des musulmans, les femmes esclaves mariées à des hommes libres, les femmes libres mariées à des esclaves (1). »

Remarquons que le liane pourrait avoir lieu entre mari et femme tous deux non musulmans, cela ressort d'un passage de Nawawi qui enseigne que les sujets non musulmans prononcent le liane dans leurs temples et synagogues (2).

Le liane peut être prononcé pour établir l'adultère de la femme ou pour désavouer l'enfant de cette femme (3).

Pour prononcer le liane pour cause d'adultère, il faut, selon Khalil, que le mari ait vu sa femme perpé-

1. Hedaya, 123.

2. Minhadj, III, 31.

3. Tohfah, 498 ; Hedaya, 123.

tuer le crime, ou se soit rendu compte de la chose par l'ouïe ou le toucher. Selon Nawawi on peut accuser sa femme s'il y a des suspicions très graves qu'elle a commis le crime, par exemple si la rumeur publique prétend que telle femme trompe son mari avec tel homme et que tous deux ont été trouvés ensemble dans un endroit retiré (1).

Pour désavouer l'enfant, il faudra que le mari soit certain de ne pas être le père, pour cela il faut que l'accouchement se soit produit moins de six mois après les premières relations entre lui et sa femme ou soit postérieur à l'expiration du délai maximum de la gestation calculé après les dernières relations entre le mari et la femme (2).

Si l'enfant est né entre ces deux époques, il ne pourra être désavoué qu'à la condition que non seulement une menstruation postérieure au dernier coït prouve que la femme n'a pas été rendue enceinte par son mari, mais en outre, selon Nawawi, que l'enfant soit né plus de six mois après cette menstruation purificative (3). On repousse les prétentions du mari s'il fonde son désaveu en soutenant que la copulation a eu lieu de telle façon qu'il n'y a pu y avoir conception (4).

1. Khalil Perron, III, 46 ; Minhadj, III, 27.

2. Khalil Perron, III, 48 ; Minhadj, 27, 28.

3. Minhadj, III, 28.

4. Minhadj, III, 28 ; Khalil Perron, III, 50 et 51. Nous renvoyons à

Selon Khalil, on rejettera aussi la prétention du mari s'il argue que l'enfant ressemble à un autre, même si l'enfant est noir alors que le mari est blanc (1). Cependant El Bokhari rapporte qu'un homme s'étant plaint au Prophète d'avoir trouvé sa femme avec un tiers ; la femme niait. Le mari était petit et brun, le prétendu complice de la femme grand et noir : le Prophète dit, parlant de la femme : « Si elle a un enfant « brun et petit pareil à un lézard dit ouhara, j'estime « qu'elle a dit vrai et que c'est son mari qui a menti ; « si l'enfant est noir, a de grands yeux et de fortes « fesses, j'estime que c'est le mari qui a dit vrai », « et l'enfant que la femme mit au monde, ajoute « El Bokhari, avait les caractères qui condamnaient « la mère (2). » Il est vrai que, dans ce cas, le mari avait vu sa femme commettre l'adultère.

L'enfant peut être encore désavoué, si à l'époque de sa conception le mari était impubère, émasculé ou dans un pays éloigné (3).

Il y a discussion sur le point de savoir si on ne peut désavouer l'enfant avant l'accouchement ou si on peut le faire dès que la grossesse est certaine. Malek

Khalil pour certaines distinctions sur lesquelles nous ne croyons pas devoir insister.

1. Khalil Perron, III, 50.

2. El Bokhari, Iloudas et Marçais, III, 360, 361.

3. Khalil Perron, III, 49.

et Hanifa exigent que l'accouchement ait eu lieu (1).

Un mari ne saurait désavouer un enfant et revendiquer la paternité de son jumeau (2).

Lorsqu'un enfant peut être attribué au mari aussi bien qu'au complice de l'adultère, il ne pourra être désavoué (3). Le mari qui a cohabité avec sa femme après l'avoir vue commettre l'adultère est déchu du droit de prononcer le liane (4).

Le liane ne saurait être prononcé à moins qu'il n'y ait une accusation d'adultère, il n'est reçu qu'à défaut d'autres preuves, et seulement si la femme dénie l'accusation. Nawawi l'admet même si le mari avait la possibilité d'établir autrement son accusation.

Le mari prononcera quatre fois la formule suivante : « J'atteste devant Dieu que je suis sincère en accusant cette femme qui est ma femme du crime de fornication », puis une fois : « Que la malédiction de Dieu soit sur moi si j'ai menti » (5). Si la femme n'est pas présente, le mari devra la désigner par ses noms et sa généalogie (6). Si le mari veut non seulement établir l'adultère de la femme mais désavouer l'en-

1. Tohfât, 501 ; Hedaya, 126.

2. Khalil Perron, III, 60 ; Minhadj, III, 37.

3. Khalil Perron, III, 49, 50 ; Tohfât, 511 ; Minhadj, III, 28.

4. Tohfât, 511.

5. Charani, Balance, 249 ; Hedaya, 124 ; Ohsson, V, 224 ; Tohfât, 502 ; Khalil Perron, III, 54 ; Minhadj, III, 29.

6. Minhadj, III, 29 ; Hedaya, 126.

fant, il devra le mentionner dans la formule (1).

La femme pourra répliquer à son mari : « J'atteste devant Dieu que c'est de mauvaise foi que mon mari vient de proférer son accusation », elle répète quatre fois cette formule et termine en disant : « Que la colère de Dieu soit sur moi si mon mari a été sincère » (2).

Dès que le mari a prononcé son serment, que la femme réplique ou non, il échappe à la peine prononcée contre les calomniateurs. En rite maléki, chaféi et hambali, que la femme réplique ou non, il y aura dissolution de mariage et toute nouvelle union entre les deux époux deviendra impossible, de plus l'enfant ne sera pas attribué au mari. La réplique de la femme n'a pour effet que de la soustraire à la peine prononcée contre la femme adultère (3).

Si le mari refusait de prononcer l'anathème, il serait considéré comme calomniateur. Si après avoir prononcé le liane il se rétractait avant que la femme ait répliqué, il serait puni comme calomniateur, mais le mariage entre lui et sa femme ne serait pas brisé. Si la rétractation n'avait lieu qu'après la réplique de la femme, le lien du mariage n'en serait pas moins brisé entre les époux, l'union entre eux reste-

1. Minhadj, III, 29 ; Hedaya, 125.

2. Hedaya, 124 ; Charani, Balance, 249 ; Tohfât, 504, 505 ; Khalil Perron, III, 54 ; Minhadj, III, 29 ; Ohsson, V, 224.

3. Tohfât, 503 et 506 ; Charani, Balance, 350 ; Minhadj, III, 25 et 33.

rait impossible, le mari serait condamné comme calomniateur ; le seul effet de la rétractation serait de ne pas faire considérer l'enfant comme bâtard (1).

Si le mari refuse de jurer ou la femme de répliquer puis reviennent sur leur décision, cela sera admis (2).

En rite hanéfi le mari qui refuse de jurer est emprisonné jusqu'à ce qu'il se décide à prêter le serment ou à avouer qu'il a porté une fausse accusation ; si la femme ne veut pas répliquer, elle est emprisonnée jusqu'à ce qu'elle veuille jurer ou avouer son crime (3).

Si le mari se rétracte après la réplique de sa femme, Abou Youçof soutient que le mariage reste interdit entre l'homme et la femme parce que le Prophète dit : « Le mari et la femme qui ont prononcé le liane ne peuvent rester ensemble. »

Hanifa et Mohammed prétendent que le mariage devient possible parce que, disent-ils, la rétractation annule entièrement l'anathème, l'anathème étant effacé, ses effets le sont aussi, le mari sera seulement condamné comme calomniateur (4). L'Imam Hambal a changé d'opinion sur les effets de l'anathème, dans la première il suit la doctrine des Malékis, dans la seconde celle d'Hanifa (5).

1. Charani, Balance, 350 ; Tohfât, 508, 509.

2. Khalil Perron, III, 60.

3. Hedaya, 123, 124 ; Charani, Balance, 350.

4. Hedaya, 125 ; Charani, Balance, 350.

5. Charani, Balance, 350.

Lorsque le liane a été prononcé il semble que le mariage soit dissout *de plano*. Certains auteurs ont cependant soutenu que non, que la dissolution n'existait que si le mari ou le cadi prononçait le divorce. Si le mari ne le faisait pas, le cadi devrait le faire. La première opinion s'appuie sur le hadits : « Les conjoints qui ont prononcé le liane ne peuvent plus rester ensemble », la seconde sur ce qu'un mari ayant après l'anathème prononcé le divorce entre lui et sa femme, le Prophète ne lui dit pas que cela était inutile parce que le divorce existait de plein droit (1).

Nous devons noter que la cérémonie du liane est entourée de solennités. Elle doit avoir lieu le vendredi en présence de quatre musulmans au minimum dans l'endroit le plus respectable du pays, à La Mecque dans le coin de la Kaba qui contient la Pierre Noire, à Médine près de la chaire de la Mosquée sacrée, à Jérusalem près du Rocher sacré (2), dans les autres villes à la mosquée principale. Lorsque le liane est prononcé par un non musulman, il l'est soit à l'église, soit à la synagogue.

La personne qui prononce le liane le prononce debout.

1. Hedaya, 126.

2. Rocher sacré, pierre placée dans la grande mosquée, probablement l'ancien autel du temple. Cf. Dozy, *Précis de l'histoire de l'Islamisme*, p. 485 et s.

La femme en état de menstruation le prononce à la porte de la mosquée (1).

La femme ne pourra commencer à répliquer que lorsque le mari aura fini de parler ; si cette formalité n'était pas respectée, elle devrait un nouveau serment, sauf selon Hanifa (2).

1. Khalil, Perron, III, 55 ; Tohfât, 208 ; Minhadj, III, 30-31.

2. Charani, Balance, 254 ; Minhadj, III, 30.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

Le liane est prononcé par le mari qui veut établir l'adultère de sa femme ou désavouer l'enfant de cette femme (1).

Le mari n'a pas à recourir au liane lorsque la paternité de l'enfant ne peut lui être attribuée ; mais s'il y a contestation sur l'époque de la conception, il doit y avoir liane (2).

Le mari peut être esclave ou non musulman, il ne sera pas pour cela privé du droit de recourir au liane ; mais le mari doit être majeur et sain d'esprit ; le muet s'exprime par des signes. Le liane ne peut être déferé à la femme mineure, démente, sourde ou muette (3).

La forme du serment est la même qu'en droit sun-

1. Querry, II, 92.

2. Querry, II, 94.

3. Querry, II, 97-98.

nite. Si la femme est en état de menstruation, elle prête le serment chez elle (1).

La femme qui refuse de répliquer, ou qui avoue son crime, est lapidée : mais le mariage entre elle et son mari subsiste afin de réserver à celui-ci ses droits à la succession de sa femme.

Si après avoir prononcé le liane, la femme s'avoue coupable, elle ne sera pas lapidée, sauf, selon quelques auteurs, si elle répète cet aveu à quatre reprises différentes.

Si le mari se rétracte au cours de la cérémonie du liane, le mariage n'est pas dissout, mais le mari est puni comme calomniateur.

S'il se rétracte après la cérémonie, la paternité de l'enfant lui est attribuée, l'enfant hérite de son père ; mais ni le père, ni les parents du père n'héritent de l'enfant. Malgré la rétractation, le mari ne sera pas lapidé, au dire d'El Mohekkik (2).

Pour le reste, les effets sont les mêmes qu'en droit sunnite, si le liane est prononcé par le mari et par la femme, ni l'un ni l'autre ne sont punis et le mariage entre eux est dissout.

1. Querry, II, 99-100.

2. Querry, II, 101.

RITE ABADI

Le liane est connu du rite abadi, il est employé pour prouver l'adultère de la femme, et désavouer la paternité de l'enfant. Ses effets sont les mêmes qu'en droit sunnite, le liane entraîne dissolution du mariage. La formule de l'anathème est identique à celle employée dans les autres rites.

CHAPITRE VI

Le serment cinquantenaire. El Késamé

I

Le késamé est un serment d'une nature particulière. C'est un serment répété cinquante fois.

Selon Ibn Abbas, rapporté par El Bokhari, le késamé remonte à l'époque anté-islamique. Un salarié avait été tué injustement par son patron ; en mourant il avait chargé quelqu'un d'aller dire aux gens de sa tribu à La Mecque : « Un tel m'a tué. » Les gens de la tribu du meurtrier allèrent trouver le meurtrier et lui dirent : « Choisis entre l'une de ces trois choses :
« payer une composition de cent chameaux pour
« avoir tué notre contribule, ou bien faire jurer cin-
« quante de tes contribules que tu ne l'as pas tué,
« ou encore refuser ces deux choses et alors nous te
« tuerons. » Les contribules du meurtrier vinrent au nombre de cinquante, deux d'entre eux payèrent leur part de la compensation pécuniaire, les quarante-huit autres jurèrent. Ibn Abbas ajoute : « J'en jure
« par celui qui tient mon âme en son pouvoir, une

« année ne s'était pas écoulée que les quarante-huit
« hommes avaient pour toujours fermé leurs paupières
« res (1). »

Dans cette espèce, le késamé fut prêté par les gens de la tribu du meurtrier, il leur était déferé par la tribu de la victime.

Nous allons voir que dans certains rites le serment peut être prêté par la famille de la victime.

II

Le serment cinquantenaire n'intervient que dans le cas d'homicide d'un musulman libre. Lorsqu'il s'agit d'établir le meurtre d'un infidèle, celui d'un esclave, ou un avortement criminel, on a recours aux moyens de preuves ordinaires(2). Les Chaféïs admettent le késamé en cas de meurtre d'un esclave (3).

En rite maléki, le késamé peut entraîner la condamnation du coupable à la dia (prix du sang) ou à la peine du talion, selon que l'homicide est volontaire ou involontaire. Dans les autres rites, quelle que soit la nature de l'homicide, le késamé ne pourra servir qu'à faire condamner le coupable à la dia.

1. El Bokhari, Houdas et Marçais, III, 22 23, 24.

2. Tohfât, 1607 ; Khalil Perron, V, 460 et 488 à 491 ; Seignette, 1888-1889, M. B. Vincent, 73.

3. Minhadj, III, 144.

Nous notons cette différence pour montrer qui devra prêter les serments. Nous exposerons d'abord le késamé intervenant en rite maléki.

Dans l'hypothèse de meurtre, le késamé est prêté par les dévolutaires de la vindicte. Il faut au moins deux hommes pour le prêter, les femmes sont exclues. Les individus qui jurent sont les acebs de la victime. Si la victime ne laissait qu'un seul aceb, cet aceb s'adjoindrait un aceb à lui qui ne serait pas un aceb du défunt. Si le défunt n'a pas d'acebs, on appellera à jurer ses patrons (1).

S'il y a cinquante acebs, ils jureront chacun une fois.

S'il y en a plus, on déterminera par tirage au sort lesquels jureront ; s'il y en a moins, ils se répartiront entre eux les serments à prêter, le plus proche parent pourra en prêter vingt-cinq (2).

En pratique, il n'est pas nécessaire de mobiliser cinquante acebs : il suffira que deux acebs viennent jurer vingt-cinq fois chacun, mais à la condition que les autres n'aient pas refusé de jurer, sinon l'accusation tomberait. Lorsque l'aceb de la victime s'adjoit, un aceb à lui qui n'est pas aceb du défunt, le refus de ce second aceb n'a pas cet effet (3).

1. Khalil Perron, V, 480 ; Seignette, 1878 et 1879 ; Tohfât, 1556 et 1559, M. B. Vincent, 67.

Aceb, mâle parent par les mâles.

2. Khalil Perron, V, 481 ; Seignette, 1880, M. B. Vincent, 70.

3. Khalil Perron, V, 482 ; Seignette, 1881-1882.

S'il y a des mineurs et des majeurs parmi les acebs, on fait jurer immédiatement les majeurs, leurs serments sont acquis, puis on attend que les mineurs aient atteint leur majorité (1).

En cas d'homicide involontaire, n'entraînant que la condamnation à la dia, les femmes peuvent aussi prêter le késamé. Le késamé est dans ce cas prêté par les dévolutaires de la dia, n'y en eût-il qu'un seul (2).

Lorsqu'il y a plusieurs dévolutaires de la dia, chacun prête serment un nombre de fois proportionnel à sa part dans la dia. Si après le partage il reste des serments à prêter, ils sont prêtés par celui des dévolutaires de la dia qui en a déjà le plus à prêter. Si tous les cojureurs en avaient le même nombre à leur charge, le reste des serments serait prêté par tous (3), de sorte qu'il y aura plus de cinquante serments. L'absent prête serment à son retour, le mineur à sa majorité.

Dans le cas où il n'y a comme héritier que le frère utérin et le Bit el mal (le Domaine), le frère utérin jure cinquante fois, il reçoit la moitié de la dia, le reste n'est pas payé parce que le Bit el mal ne peut jurer (4).

1. Khalil Perron, V, 485-486 ; Seignette, 1885 ; Miyar, I, 284.

2. Khalil Perron, V, 477 ; Seignette, 1873 ; Tohfat, 1590, 1592.

3. Khalil Perron, V, 477 ; Seignette, 1874.

4. Miyar, I, 275.

Le késamé ne peut intervenir si la victime ne laisse personne qui puisse exiger le talion ou la dia.

Chez les Chaféïs, le késamé ne peut jamais servir à faire condamner le coupable au talion. Nawawi nous signale que Chaféï l'avait d'abord admis, puis est revenu sur son opinion (1).

Le serment est prêté par les héritiers de la victime proportionnellement à leur part héréditaire ; s'il reste une fraction des serments à prêter, elle est prêtée en totalité par chaque héritier. Nawawi signale l'opinion d'un auteur qui exigerait cinquante serments de chaque héritier. Le serment est prêté par l'absent à son retour, par le mineur à sa majorité (2).

Le késamé ne se défère pas si la victime ne laisse pas d'héritier ; il peut être prêté par un individu qui ne pourrait réclamer que l'application d'une peine pécuniaire, par exemple par le maître en cas de meurtre de l'esclave. Si l'apostat le prête, il est valable mais il vaut mieux ne pas le lui déférer selon Nawawi (3).

Dans le rite hanéfi, le késamé ne peut entraîner qu'une condamnation à la dia ; il n'est pas prêté par l'accusateur mais par les gens sur qui pèse la responsabilité du crime (4).

1. Minhadj, III, 193.

2. Minhadj, III, 193.

3. Minhadj, III, 192-194.

4. Omar bey Loufty, 1^{re} fasc., 79 et 81. Nous avons eu assez peu de renseignements sur le késamé en rite hanéfi.

Nous l'étudierons en même temps que nous examinerons les conséquences du refus de prêter serment en rite chaféi et maléki.

III

Pour qu'il y ait lieu à késamé, il faut qu'il y ait une présomption grave pesant sur un individu ou sur un groupe de personnes.

Il faut tout d'abord que le cadavre de la victime ait été découvert et porte des traces de mort violente.

La présomption suffisante pour déférer le késamé résultera soit du témoignage d'une seule personne honorable, qui affirmera avoir vu le crime, soit de plusieurs personnes non honorables ou peut-être même, d'après El Achab, d'une seule personne non honorable, qui déposeront qu'elles ont vu le crime s'accomplir (1).

La présomption pourra encore résulter de la commune renommée que tel individu a été tué par ses ennemis (2).

La présomption résultera encore de la déclaration de la victime, rapportée par deux témoins honorables, qu'un tel est le coupable.

1. M.-B. Vincent, 67; Khalil Perron, V, 469; Seignette, 1865; Tohfât, 1550, 1552; Minhadj, III, 190.

2. Miyar, I, 279, 280.

La présomption suffisante n'existe pas si l'un des héritiers de la victime accuse un individu et l'autre héritier une autre personne, mais elle existe si l'un des héritiers dit : « Amar et un individu que je ne connais pas ont commis le crime », et si l'autre héritier dit : « Saïd et un individu, etc. » (1), car il n'y a pas de contradiction entre les héritiers.

Si la présomption résulte de la désignation du coupable par la victime, il faudra que la victime n'ait pas varié dans son accusation, bien que certains auteurs aient été d'avis contraire. Si les témoins qui rapportent la déclaration de la victime, attestent que celle-ci avait en premier lieu accusé un individu, et en second lieu, un autre, en disant que celui-là était le vrai coupable, mais qu'elle n'avait pas osé le désigner tout d'abord, l'accusation est nulle, toutefois le second individu désigné sera incarcéré pendant un certain temps dans l'espoir qu'il avouera (2).

Dans le rite maléki où la preuve par késamé peut entraîner l'application du talion ou simplement la condamnation à la dia, selon le caractère volontaire ou involontaire de l'homicide, les témoins peuvent ne pas s'entendre sur le caractère que la victime attribuait à l'homicide. Dans ce cas, ceux des dévolutaires de la dia qui prétendent qu'il y a eu homicide

1. Minhadj, III, 190.

2. Khalil Perron, V, 461 ; Miyar, 269, 270.

involontaire sont admis à jurer et obtiennent leur part de la dia, les autres ne peuvent faire condamner l'accusé au talion. Lorsque la victime n'a pas indiqué le caractère de l'homicide, tous les dévolutaires de la dia peuvent jurer et exiger de l'accusé le paiement de la dia (1).

En rite maléki, si un seul témoin déclare que la victime lui a désigné le coupable, ou si un seul témoin déclare que le fait a été intentionnel ou volontaire, la présomption autorisant le késamé n'est pas suffisante, mais peut être complétée par un serment ordinaire et ensuite on procédera à la prestation des cinquante serments (2). En effet il faut établir un premier fait : c'est que, par exemple, la victime a déclaré qu'un tel l'avait frappée ; pour cela il faudrait deux témoins, mais les Malékis admettent qu'un témoignage isolé peut être complété par le serment de celui qui l'invoque. Ce serment prêté, le fait que la victime a désigné un individu comme coupable est tenu pour vrai, il permet de procéder au késamé.

Des présomptions suffisamment graves pour entraîner le késamé naissent aussi de certaines autres circonstances ; on trouve près du cadavre de la victime un homme tenant en main une arme ensanglan-

1. Khalil Perron, V, 462 à 464 ; Seignette, 1859, 1860.

2. Khalil Perron, V, 467, 468.

tée (1). Selon Khalil, la présence d'un cadavre dans un village ou une maison n'est pas une présomption suffisante pour autoriser le juge à déférer le serment aux proches parents de la victime (2). Mais, selon Nawawi, il y a lieu au serment késamé dans le cas suivant : le cadavre est trouvé dans le camp ou dans le village de ses ennemis (3). Lorsque deux troupes se sont rencontrées et se sont battues, puis se sont retirées, laissant des morts sur le terrain, il y a lieu à késamé selon Nawawi. Selon Khalil, il faut faire la distinction suivante : s'il n'y avait aucune cause légitime de meurtre, il y aura lieu à késamé ; de même il y aura lieu à késamé si la victime est du camp qui s'est défendu légitimement ; si les deux troupes avaient un motif légitime de lutter entre elles, ou si la victime était un des adversaires de ceux qui ont combattu à bon droit, le sang versé reste sans réparation (4).

Enfin, selon Nawawi, si les deux troupes ne se sont pas battues et qu'on trouve une victime, la suspicion pèsera contre les gens de la même troupe que le défunt (5).

Lorsque la suspicion pèse sur une troupe, si un in-

1. Tohfât, 1555 ; Khalil Perron, V, 470 ; Seignette, 1865.

2. Khalil Perron, V, 471 ; Seignette, 1867.

3. Minhadj, III, 189.

4. Minhadj, III, 189 ; Khalil Perron, 473 à 476 ; Seignette, 1869-1870.

5. Minhadj, III, 189, 190.

dividu nie en avoir fait partie, il a la présomption en sa faveur à la condition qu'il jure n'en avoir point fait partie (1). Lorsque deux témoins affirment qu'un coupable d'homicide s'est retiré au milieu d'un groupe déterminé et ne peuvent le reconnaître, les individus faisant partie du groupe doivent prêter les cinquante serments, les poursuivants n'ont pas à le prêter. Dans ce cas, si tous les individus du groupe jurent ou si aucun ne jure, la dia est payée par tous ; si certains jurent et d'autres s'abstiennent, ceux-là seuls contribuent à payer la dia (2).

Lorsque les proches de la victime refusent le késamé, il est référé à l'auteur supposé du meurtre (3). L'accusé ou les accusés jurent cinquante fois chacun.

Selon Nawawi, le késamé est aussi exigé de la part du prévenu en cas d'absence de présomption grave (4). La même opinion est rapportée dans le « Miyar » : « L'accusé sera gardé longtemps en prison, puis « remis en liberté, après avoir prêté cinquante serments qu'il n'a pas tué la victime, ni aidé, ni ordonné, ni coopéré, ni assisté à son meurtre, qu'il « est innocent (5). »

1. Minhadj, III, 191.

2. Khalil Perron, V, 472 ; Seignette, 1868.

3. Tohfât, 1558 ; Khalil, Seignette, 1852 et 1883 ; Perron, V, 482 à 484 ; M.-B. Vincent, 69 ; Minhadj, III, 192.

4. Minhadj, III, 192.

5. Miyar, I, 269.

Dans le rite maléki, selon Khalil, en matière d'homicide involontaire, lorsque le serment est refusé par les accusateurs, il est référé à l'Akila de l'accusé, chaque membre de l'Akila prête un serment ; si l'accusé n'a pas d'Akila, il jure lui-même cinquante fois (1).

Dans le rite hanéfi, le késamé n'est jamais déféré aux accusateurs, mais aux gens sur qui pèse la présomption, ainsi que nous l'avons déjà dit. Le késamé a lieu dans l'hypothèse où l'on trouve un cadavre dans un village, ou dans un lieu privé, mais pas dans le cas où le cadavre est découvert dans un lieu public loin de toute habitation (2).

Si le cadavre est trouvé près d'un village, le késamé est déféré à cinquante habitants de ce village choisis par celui des parents de la victime qui a le droit à la dia ; s'il est découvert entre deux villages, les serments sont prêtés par cinquante des habitants du village le plus rapproché, ou des deux villages si la victime a été découverte à égale distance des deux. Dans le cas où le cadavre est découvert dans un lieu privé, les serments sont déférés aux propriétaires ou aux habitants du lieu. Lorsqu'il n'y a pas cinquante individus de qui exiger le serment, on répartit les serments entre ceux qui peuvent jurer (3).

1. Khalil Perron, V, 479 ; Seignette, 1877.

2. Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 80 à 85.

3. Omar bey Loufty, 80 à 85.

IV

Nous avons déjà dit que la formule doit être répétée cinquante fois. Si le serment est prêté par les accusateurs, ce serment doit être prêté d'une façon catégorique, les coupables doivent être individuellement désignés (1). On admet que si les proches de la victime prêtent serment hors la présence de l'accusé en le désignant par son signalement, le serment est valable si après l'arrestation de l'accusé son signalement correspond à celui donné dans le serment (2). Ibn Habib prétend au contraire que le serment ne saurait être prêté qu'en présence de l'accusé, et lorsque celui-ci a fourni ses explications (3).

Lorsqu'il y a plusieurs prévenus, trois par exemple, si un seul est arrêté, il devra payer un tiers de la dia, si on a prêté serment contre lui. Si on arrête ensuite un des autres prévenus, il faudra répéter cinquante serments, si on n'avait pas déjà désigné cet individu lors des cinquante premiers serments. Un juriste, au dire de Nawawi, se contenterait de vingt-cinq serments contre le second prévenu (4).

1. Khalil Perron, V, 445 et 487 ; Seignette, 1871 et 1887 ; Tohfât, 1557.

2. Tohfât, 1594, 1595.

3. Miyar, I, 271.

4. Minhadj, III, 293, 294.

En cas d'homicide involontaire chaque individu qui doit jurer prononce de suite le nombre de serments mis à sa charge ; pour le meurtre chacun des cojureurs jure une fois, puis un autre jure, et l'on recommence, jusqu'à ce que tous aient juré le nombre de fois exigé, ceci afin qu'il y ait plus de solennité, mais si on opérerait de la façon indiquée pour le cas d'homicide involontaire, le késamé serait cependant valable (1). La cérémonie du késamé peut être interrompue par suite du fait qu'un des cojureurs est frappé d'un accès de démence ou d'un évanouissement (2). Nous avons vu que la prestation du késamé est aussi interrompue en cas d'absence ou de minorité d'un individu. Si l'un des cojureurs venait à mourir avant que les cinquante serments soient prononcés, il faudrait recommencer pour le tout.

Lorsque le serment est prêté par l'accusé ou les gens sur qui pèse la présomption et leur Akila, le serment doit contenir l'affirmation de celui qui jure, qu'il n'est pas le coupable et qu'il ne connaît pas le coupable (3).

Le késamé doit être prêté debout ; dans les provinces de La Mecque, Jérusalem et Médine on conduit ceux qui doivent jurer au chef-lieu si on n'en est pas

1. Khalil Perron, V, 476.

2. Minhadj, III, 191.

3. Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 180 ; Miyar, I, 269 ; El Bokhari, Houdas et Marçais, III, 23.

éloigné de plus de dix milles ; dans les autres provinces, on ne le prononce au chef-lieu que si on n'en est pas distant de plus de trois milles (1).

Lorsqu'un des dévolutaires de la dia refuse de jurer, il ne peut y avoir késamé selon Khalil ; Nawawi décide que dans ce cas le droit de ce dévolutaire passe aux autres (2).

Dans le cas où le késamé est référé à l'accusé d'homicide volontaire, celui-ci en le prêtant échappe au talion, mais peut être puni de cent coups de fouet et d'une année d'emprisonnement (3) ; en cas d'homicide involontaire, les membres de l'Akila qui refusent de prêter le késamé référé sont condamnés à payer leur quote-part de la dia (4).

Dans le rite hanéfi le refus de prêter le serment n'entraîne aucune responsabilité pénale. Si ceux à qui le serment est déféré ne le prêtent pas et si le meurtre est volontaire, ils sont contraints par corps jusqu'à ce qu'ils désignent le coupable ou prêtent le serment ; si l'homicide est involontaire, on les condamne de suite à payer la dia. S'ils prêtent serment, on les condamne à la dia, car ils devaient empêcher l'homicide ou arrêter le coupable, il y a responsabilité collective (5).

1. Khalil Perron, V, 476. M.-B. Vincent, 72.

2. Khalil Perron, V, 465 ; Seignette, 1861 ; Minhadj, III, 192.

3. Khalil Perron, V, 483, 484 ; Seignette, 1852, 1883.

4. Khalil Perron, V, 479 ; Seignette, 1877.

5. Omar bey Loufty, 1^{er} fasc., 81 et 82.

Lorsque l'un des dévolutaires de la dia ou de la vindicte se déclare menteur, le droit de tous est éteint.

Si l'un d'eux pardonne après le serment, les autres parents reçoivent leurs parts de la dia (1).

Si le coupable prétend être pardonné, un serment unique est déféré à ceux qu'il dit lui avoir accordé le pardon ; en cas de refus de leur part, le coupable en jurant une seule fois se libérera (2).

1. Khalil Perron, V, 484, 485 ; Seignette, 1884.

2. Tohfah, 1608.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHITE

Lorsque la preuve de l'homicide n'a pu être faite soit par l'aveu, soit par le témoignage, mais qu'il y a de graves présomptions à l'appui de la sincérité du demandeur qui accuse quelqu'un d'être le coupable, il y a lieu à serment késamé.

Ces présomptions résultent de certains faits : il y a un témoin unique, majeur, musulman et de bonnes mœurs qui témoigne du crime, ou un groupe de femmes, d'infidèles, de gens de mauvaises mœurs, qui déposent contre l'accusé sans s'être concertés ; ou bien on trouve près de la victime baignant dans son sang, un individu porteur d'une arme ensanglantée, ou bien encore le cadavre de la victime est trouvé dans un lieu écarté où n'accèdent que ceux qui l'habitent (1).

Il est à remarquer que lorsqu'un cadavre est trouvé

1. Query, II, 582.

dans une maison, si celui qui habite la maison jure qu'il ne s'y trouvait pas lors du meurtre, il est cru sur son serment unique (1).

Lorsque l'homicide est volontaire et qu'il y a présomption autorisant le serment, le demandeur et ses parents prêtent les cinquante serments.

En cas d'homicide involontaire vingt-cinq serments suffisent, dans une opinion, d'autres auteurs en exigent cinquante (2).

L'individu qui a apostasié ne peut prêter le serment cinquantenaire (3).

Si le demandeur n'a pas de parents qui puissent faire le késamé, et ne se trouve pas lui-même dans la possibilité de le prêter, il peut le déférer à l'accusé ; si l'accusé est seul, il prêtera cinquante serments ; s'il a des parents, il le prêtera conjointement avec eux.

Si l'accusé ne prête pas késamé, il est déclaré coupable (4).

Le késamé entraîne l'application du talion si l'homicide est volontaire (5).

1. Querry, II, 583.

2. Querry, II, 584.

3. Querry, II, 585.

4. Querry, II, 584.

5. Querry, II, 576.

RITE ABADI

Le késamé doit être prêté par cinquante personnes différentes, il est reçu comme preuve de l'homicide, dans les mêmes circonstances qu'en rite hanéfi, il n'entraîne que condamnation à la dia.

Voici, d'après le cheik Athfiech, dans quelle hypothèse il a lieu :

Un cadavre est trouvé près d'une localité, le crime est à la charge de cette localité, cinquante personnages d'une honnêteté bien établie choisis parmi les habitants devront jurer qu'ils n'ont pas tué la victime, ni vu qui l'a tuée. La dia est alors payée par tous les habitants.

Lorsque le corps de la victime est trouvé entre deux localités, l'autorité devra mesurer la distance du lieu du crime aux localités, et le crime sera à la charge de la localité la plus proche.

L'hypothèse de késamé en rite abadi est la même que celle indiquée pour le rite hanéfi par Omar bey Loufty. Il semble que l'utilité du késamé est d'amener la dénonciation des coupables.

CHAPITRE VII

La preuve littérale

« O vous qui croyez ! lorsque vous contractez une
« dette payable à une époque fixée, mettez-la par
« écrit. Qu'un écrivain la mette fidèlement par écrit.
« Que l'écrivain ne refuse point d'écrire selon la
« science que Dieu lui a enseignée : qu'il écrive, et
« que le débiteur dicte ; qu'il craigne son Seigneur
« et n'en ôte pas la moindre chose. Si le débiteur ne
« jouit pas de ses facultés, s'il est des faibles de ce
« monde, ou s'il n'est pas en état de dicter lui-même,
« que son patron (ou son ami) dicte fidèlement pour
« lui. Appelez deux témoins choisis parmi vous, si
« vous ne trouvez pas deux hommes, appelez-en un
« seul et deux femmes parmi les personnes habiles
« à témoigner, afin que si l'une oublie, l'autre puisse
« rappeler le fait. Les témoins ne doivent pas refu-
« ser de faire leurs dépositions toutes les fois qu'ils
« en seront requis. Ne dédaignez point de mettre
« par écrit une dette, qu'elle soit petite ou grande, en
« indiquant le terme du paiement. Ce procédé est

« plus juste devant Dieu, mieux accommodé au témoi-
« gnage, et plus propre à ôter toute espèce de doute,
« à moins que la marchandise ne soit là devant vous,
« et que vous vous la passiez de main en main : alors
« il ne saurait y avoir péché si vous ne mettez pas
« la transaction par écrit. Appelez des témoins dans
« vos transactions, et ne faites pas violence ni à l'écri-
« vain, ni au témoin ; si vous le faites, vous com-
« mettez un crime. Craignez Dieu : c'est lui qui vous
« instruit, et il est instruit de toutes choses (1). Si vous
« étiez en voyage et que vous ne trouviez pas d'écri-
« vain, il y a lieu à un nantissement... (2) » D'après
ces deux versets du Coran, il semble bien que l'acte
écrit devrait être en droit musulman la preuve par
excellence. On a bien dit que le Prophète était un
illettré, qu'il n'a pu ordonner l'écrit comme moyen
de preuve et qu'il n'a fait que le conseiller. Le Pro-
phète était-il illettré ? on peut en douter. « Il est dif-
« ficile, dit M. Kasimirski, de dire si Mahomet savait
« lire et écrire, le passage du Coran où l'ange Gabriel
« lui dit : « Lis » et sa réponse : « Et que lirais-je ? » ferait
« croire qu'il savait lire ; quand peu de jours avant
« sa mort il demandait de l'encre et une plume pour
« enseigner ses dernières volontés, cela semble au-
« toriser à croire qu'il savait écrire, dans tous les

1 Coran, sourate II, v. 282.

2. Coran, *eod. loc.* v. 288.

« cas il se servait volontiers de ses secrétaires, c'était à
« Ali, Othman, Zeïd Obaï, Moawia (1). »

De plus, même en admettant que le Prophète ne fût point un lettré, on ne peut nier qu'il ne se rendait compte de l'extrême importance d'un écrit, puisque, après la victoire de Badre, il imposa comme rançon à des prisonniers de guerre, qui ne pouvaient payer, d'apprendre à lire et à écrire à dix enfants de Médine (2).

Toutefois il faut remarquer que les docteurs musulmans n'ont point admis que l'écrit fût imposé comme moyen de preuve, ils ont présenté les prescriptions du Coran comme un simple conseil (3). A vrai dire, ils furent conduits à cette interprétation par l'état d'ignorance dans lequel se trouvaient les musulmans ; leur imposer l'écrit eût été le plus souvent rendre la preuve impossible. On pourrait se demander toutefois comment un certain nombre de juristes de second ordre poussés par l'intérêt n'ont pas essayé de développer l'emploi de l'écrit à seule fin de se réserver les bénéfices que leur aurait procurés la rédaction d'actes écrits. Peut-

1. Coran Kasimirski, note bibliographique sur Mahomet, p. XXIX et XXX.

2. Omar bey Loufty, 2^e fasc., 4. Combat livré par le Prophète à ses ennemis de la Mecque en l'an 524, p. J.-C.

3. Fakre, El Razi, II. p. 370, rapporté dans Omar bey Loufty, 2^e fasc., 7. Fakre, théologien mort en 1209, p. J.-C.

être certains ont-ils essayé de le faire, mais ont-ils par cela même jeté un discrédit sur les écrits. Dans tous les cas on peut dire que la preuve écrite apparaît généralement comme inférieure, que les auteurs lorsqu'ils parlent de preuve emploient assez souvent le mot témoignage et que le Coran lui-même en dehors des deux versets précités ne parle guère d'actes écrits.

Les Hanéfis se sont montrés particulièrement hostiles à l'admission de l'écrit comme mode de preuve, lorsqu'il n'y a pas eu de témoins à l'acte, sous le prétexte que deux écritures peuvent se ressembler. Cependant ils ont admis par la suite des exceptions (1).

Dans tous les rites, il semble que l'écrit ne puisse être admis comme moyen de preuve, s'il n'y a pas eu de témoins instrumentaires venant attester la sincérité de l'acte (2).

Les témoins ne sauraient déposer dans le cas où ils ne se souviendraient plus du contenu de l'acte. Ebn Acem permet toutefois au témoin d'une honorabilité supérieure, qui ne se remémore plus le contenu de l'acte, mais reconnaît sa signature, de déposer en se référant à l'acte si celui-ci n'inspire pas de soupçon

1. Omar bey Loufty, 2^e fasc., 7 et 8.

2. Khalil Perron, V, 250, 251; Seignette, 1577, 1578; Tohfah, 125; Ohsson, VI, 222; Omar bey Loufty, 2^e fasc., 6 et 14; Fath al Qarib, 687; Minhadj, III, 377.

qu'il a été altéré. Nawawi permet à un témoin qui a conservé l'écrit chez lui de déposer en se référant à l'acte (1).

Selon l'auteur de la « Hedaya », si une personne voit sa signature sur un écrit constatant une vente par exemple, elle ne pourra sur la seule vue de sa signature témoigner que la vente a eu lieu. Pour être en mesure de le faire, elle doit se rappeler avoir assisté à la vente. La raison en est « que deux écritures sont souvent semblables » (2).

Les trois auteurs que nous venons de citer admettent que le cadi qui a constaté sur son « Divan » (registre) un témoignage ou un jugement peut se fier uniquement à l'écrit, même s'il a oublié les circonstances dans lesquelles l'écrit a été rédigé. Cette exception en faveur du cadi s'explique : L'écrit est sous le sceau et la garde du cadi, il est par cela même protégé contre les altérations (3).

Il y a d'autres hypothèses dans lesquelles les témoins n'ont pas besoin de savoir ce qu'il y a dans l'écrit. Les témoins d'un testament peuvent le signer sans que le testateur leur ait donné connaissance de ses dispositions (4).

Lorsqu'un héritier trouve un écrit du défunt, il

1. Tohfât, 125, 126 ; Minhadj, III, 277.

2. Hedaya, 357.

3. Hedaya, 357 ; Tohfât, 127 ; Minhadj, III, 377.

4. Khalil Perron, VI, 306 ; Seignette, 2230.

peut affirmer par serment le droit du défunt en se fondant sur l'écrit (1).

Si les témoins qui ont signé l'acte sont morts ou absents, l'acte fait preuve pourvu que les signatures des témoins soient connues.

Lorsqu'un écrit n'a pas été fait devant des témoins et porte le cachet ou la signature du débiteur, celui-ci peut dénier sa signature, il faudra procéder alors à une vérification d'écriture. La vérification d'écriture supplée entièrement à l'absence de témoins instrumentaires. On obligera le signataire de l'écrit à fournir un corps d'écriture que l'on comparera avec l'écrit contesté. Un juriste, El Mazeri, a soutenu qu'on ne pouvait obliger le prétendu signataire de l'acte à fournir des pièces comparatives, le lui imposer serait le contraindre à produire des preuves contre lui-même (2). La vérification d'écriture est admise même par les Hanéfis (3).

A côté des actes sous seing privé, ou certifiés sincères par les témoins, on trouve des actes revêtant un caractère officiel, tels que ceux constatés par les fonctionnaires, les cadis en particulier, sur leurs registres. Le cadi qui joue le rôle de notaire dresse des actes en présence de deux témoins (4) mais, ainsi que

1. Minhadj, III, 377.

2. Miyar, II, 493-494; Khalil Perron, V, 252, 254.

3. Omar bey Loufty, 2^e fasc., 14.

4. Omar bey Loufty, 2^e fasc., 10; Tohfah, 97.

nous aurons l'occasion de le voir dans la suite, on ne trouve pas dans le droit musulman classique des actes authentiques.

Notons qu'un écrit dressé par le cadi ou par un rédacteur privé, en présence de témoins, n'a pas besoin de porter la signature ni le cachet des parties.

Le rôle de l'écrit s'est évidemment développé avec le progrès. En Tunisie d'après d'anciens usages, le transfert de la propriété se constate par la remise du titre; le paiement d'acompte est prouvé par la mention qui en est faite au dos du titre de créance, et la libération complète par la lacération du titre (1).

Dans la législation musulmane classique, on trouve mention de l'utilité de l'écrit. Un débiteur fait un aveu à deux reprises différentes, il y a deux obligations différentes si les deux obligations ont été constatées par écrit. Un fils avait des revenus qui lui étaient propres, son père les a mis de côté, cette mesure prouve que le père a voulu prendre à sa charge l'éducation de son fils. Le père décédé, les cohéritiers du fils ne pourront avoir un recours contre ce fils « à moins que le père n'ait par testament prescrit un règlement de comptes et n'ait noté les frais « d'entretien par écrit ». Enfin en cas de vente à

1. Paul Zeys, Tunisie, n° 1495, p. 104 et tribunal de Tunis, 22 octobre 1894, *R. A.*, 1895.2.76.

réméré, Ebn Acem conseille de constater par écrit la clause de réméré (1).

Le rite hanéfi exige, pour la validité d'une constitution de hobous, l'intervention du cadi qui relate la déclaration qui lui est faite et dresse un acte. Faut-il conclure qu'un écrit est nécessaire pour la validité de cette constitution? Il semble que oui dans le droit moderne, sauf exception (2). Mais dans le droit classique le cadi intervenait bien plus comme juge pour régler les contestations relatives à la validité de la constitution, que comme notaire pour dresser un acte. La confirmation du cadi était un jugement, les jugements ne sont pas nécessairement écrits. De plus, il n'y avait pas interdiction de prouver un hobous par témoins.

1. Tohfât, 1418, 1388, 808.

2. Règlement égyptien sur les mekhémés, sanctionné par le décret du 9 redjeb 1297, art. 15.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

L'écrit semble n'être valable en principe que s'il est certifié sincère par deux témoins. Ce moyen de preuve ne semble pas être très en faveur, nous lisons en effet dans El Mohekkik à propos de la transmission d'un jugement par un magistrat à un autre : « La transmission par écrit n'offre aucune garantie, parce que l'écriture peut être falsifiée », elle n'est admise qu'en matière civile (1).

La traduction d'El Mohekkik ne nous offre pas de renseignements bien nets à propos de la preuve littéraire, cependant la lecture de l'ouvrage de Tornaw laisse l'impression de l'utilité de cette preuve.

RITE ABADI

L'écrit paraît jouer un rôle important en rite abadi tout au moins au Mzab. Cela s'explique, les gens y

1. Query, II, 416.

sont généralement instruits et d'autre part le Mzab était gouverné par les Tolbas, c'est-à-dire par les savants.

Un acte est valable et a force probante s'il est rédigé sous seing privé et signé par la partie, ou bien s'il est dressé par un talcb et signé par les parties. Si les parties ne savent pas signer, l'acte doit être dressé en présence de témoins.

L'écrit est d'une grande importance, ainsi dans un procès faute de preuve de la part du demandeur, le défendeur jure et obtient gain de cause, le demandeur trouve un écrit qu'il ignorait ou qu'il avait égaré et qui établit le bien-fondé de ses prétentions, le juge rapporte son jugement. Il eût fallu aller en appel si après le jugement le demandeur au lieu de trouver un écrit, n'avait trouvé que des témoins.

CHAPITRE VIII

Les présomptions

La loi musulmane prend en considération les présomptions qui font preuve si elles sont accompagnées du serment. Nous avons déjà vu que les présomptions servaient à déterminer quel était le défendeur dans l'instance ; nous avons été amené à en énumérer plusieurs à propos du serment et du késamé et nous avons aussi examiné quelques présomptions en étudiant l'aveu.

En matière de revendication le possesseur est considéré comme propriétaire pourvu qu'il prête serment tant qu'une preuve contraire n'a point été présentée(1). En matière de dommage : tout ouvrage causant dommage à autrui est considéré comme nouveau jusqu'à preuve du contraire(2), en effet il est à croire que celui qui a subi le dommage n'a pas attendu longtemps avant de porter plainte. Le mandat donné à un individu ou les pouvoirs conférés à un exécuteur

1. Khalil Perron, V, 308 ; Seignette, 1663 ; Minhadj, III, 443 ; Fath al Quarib, 699.

2. Tohfah, 1355.

testamentaire sont considérés comme généraux (1). De même encore l'état de solvabilité est présumable et c'est au débiteur qui se prétend insolvable de faire la preuve de son dire (2).

Toute rencontre entre individus est présumée volontaire mais l'abordage entre deux navires est tenu pour involontaire jusqu'à preuve du contraire (3).

Un enfant trouvé est présumé de condition libre et de religion musulmane s'il a été trouvé dans une localité musulmane, ou par un musulman dans une localité infidèle où il y a quelques musulmans ; s'il est découvert dans une localité infidèle, il est considéré comme infidèle (4).

Un individu est présumé mort lorsque, étant absent, il a atteint l'âge de 70 ou de 80 ans (5).

On peut toujours faire la preuve du contraire lorsqu'un fait est ainsi présumé, il y a au contraire des présomptions de la loi contre lesquelles il semble que la preuve ne soit pas admise.

Ainsi la durée minima de la grossesse est de six mois pour tous les rites, elle est déterminée par le Coran ; la durée maxima est de deux ans selon le rite hanéfi, de deux ou quatre ans pour les Hamba-

1. Tohfât, 278.

2. Tohfât, 1444.

3. Khalil, Seignette, 1729.

4. Khalil, Perron, V, 112-114 ; Minhadj, 212-215.

Tohfât, 643 ; Miyar, II, 21-22.

lis. Les Chaféïs acceptent quatre ans comme durée maxima ; quant aux Malékis ils diffèrent, les uns estiment que quatre ans est le plus grand délai, la majorité s'arrête à cinq ans, d'autres vont jusqu'à sept ans (1).

Pour ce qui est de la détermination de l'âge de la puberté, la loi musulmane fixe une époque à laquelle tout individu est considéré comme pubère ; c'est l'âge de 15 ans pour les deux sexes chez les Hanéfis et les Chaféïs, de 18 ou 15 ans pour les Malékis. Mais on tiendra pour pubère un individu chez qui la puberté s'est manifestée avant cet âge. Les Chaféïs admettent qu'à 9 ans un garçon ou une fille peuvent être tenus pour pubères ; les Hanéfis admettent bien qu'une fille peut prouver sa nubilité à 9 ans, mais pour les garçons ils exigent l'âge de 12 ans (2).

Les présomptions ne font jamais preuve complète par elles-mêmes, elles doivent toujours être accompagnées du serment.

Notons que le droit musulman ignore les présomptions qui constituent chez nous la théorie des commorientes (720 et s., C. civ.), lorsque plusieurs individus meurent ensemble sans qu'on puisse déterminer lequel est mort le premier, aucun n'hérite de l'autre (3).

1. Coran, sourates XXXI, v. 13, et XLVI, v. 14 combinés ; Charani, Balance, 277-278 ; Tohfât, 616 ; Khalil Perron, III, 717 ; Minhadj, II, 259 et III, 44 ; Ohsson, V, 24.

2. Minhadj, II, 17 ; Ohsson, V, 269 ; Khalil, Perron, IV, 60.

3. Tlemsaniya, v. 88 et 89. — Rah'bia, trad. Luciani, n^{os} 166, 167, 168.

APPENDICE

Rites hérétiques

Nous n'insisterons pas sur les présomptions dans les rites hérétiques. Nous avons été amené à en parler çà et là comme pour le droit sunnite. Elles ressemblent d'ailleurs à celles du droit sunnite.

Notons que le rite chiite fixe l'âge de la puberté à 15 ans pour les garçons, à 9 ans pour les filles.

Les limites normales de la grossesse vont de six mois au minimum à neuf ou dix mois au maximum (1).

Ce que nous avons dit des commorientes en droit sunnite n'est point exact pour le rite abadi.

« Deux personnes, qui ont péri dans un naufrage ou
« un éboulement, héritent valablement l'une de l'autre,
« mais seulement de leurs biens propres, non de
« ceux qui sont attribuables à chacune d'elles sur la
« succession de l'autre ; en d'autres termes, aucune
« d'elles n'est admise à prendre sa part de l'émolu-
« ment que son décès a procuré à l'autre. Elles héri-

1. Query, I, 739.

« tent respectivement pour tout ce qui leur revient
« droit s'il s'agissait d'une succession dévolue à un
« vivant (1). »

La loi n'établit pas de présomption pour l'ordre
des décès, mais les comourants héritent les uns des
autres, alors qu'en droit sunnite ils n'héritent pas.

1. Zeys. *Le Nil*, chapitre des « Successions », n° 77.

CHAPITRE VIII *bis*

Autorité de la chose jugée

Parmi les présomptions, on peut étudier l'autorité de la chose jugée, car on peut voir dans la chose jugée une présomption de la vérité. L'autorité de la chose jugée en droit musulman n'a pas été admise par tous les auteurs, certains ont nié qu'elle existât et ont admis qu'une affaire pouvait être rejugée à l'infini (1). « Il est aujourd'hui certain, dit M. Robe, « que la doctrine des docteurs musulmans n'admet « pas la chose jugée, avec l'autorité que nos lois lui « accordent, un jugement n'a qu'une vertu provisoire « qu'un jugement postérieur peut toujours anéantir. » Cependant M. Robe fait une réserve : « Néanmoins, pour notre compte personnel, nous avouons que nous ne sommes pas bien fixé sur ce point « de droit musulman. Nous savons bien que c'est « en vain qu'on chercherait, dans cette législation « quelque chose qui approche de notre article 1351 « C. N. ; mais si d'un côté nous avons dans notre ex-

1. Tilloy. *Répertoire*, au mot : « Chose jugée »

« périence rencontré des faits nombreux, propres à
« exclure l'idée de la chose jugée dans la jurispru-
« dence musulmane, de l'autre nous avons trouvé
« des opinions et des circonstances qui tendent à
« nous donner la conviction que si les jurisconsultes
« de l'Islam ne comprennent pas comme nous le ca-
« ractère qui s'attache aux décisions judiciaires,
« néanmoins ils ne paraissent pas admettre non plus,
« en principe, qu'un cadi peut juger le lendemain le
« contraire de ce qu'il a jugé la veille, et que le jus-
« ticiable peut porter successivement son litige à
« toutes les mahakmas du pays jusqu'à ce qu'il ob-
« tienne un jugement favorable (1). »

D'autre part M. Zeys écrit : « Il est toujours per-
« mis de solliciter la révision d'une sentence... »
« On ne connaît pas, en droit islamique, l'autorité
« de la chose jugée ; elle est remplacée par l'autorité
« de la chose bien jugée, ce qui vaut mieux peut-
« être (2). »

En somme ces deux auteurs, après avoir contesté l'autorité de la chose jugée, aboutissent le premier à admettre des exceptions à ce principe, le second à conclure à l'autorité de la chose bien jugée.

M. Morand part du point de vue opposé, il admet en principe l'autorité de la chose jugée : « La règle,
« il est vrai, dit-il, comporte des exceptions multi-

1. *Journal de Robe*, 1862, p. 266 et 302, note 1.

2. Zeys et Sidi Saïd, p. 111 et 112, note 200.

« ples, et peut-être est-ce le grand nombre de ces ex-
« ceptions qui a fait croire à l'existence d'un principe
« contraire; mais la règle certaine, indiscutable, n'en
« est pas moins, croyons-nous, celle-ci : le litige tran-
« ché par une sentence ne saurait être porté à nou-
« veau devant le juge, pas plus devant un autre juge
« que devant celui qui a déjà statué (1). »

Le principe de l'autorité de la chose jugée nous paraît en effet confirmé par les auteurs musulmans, les arrêts judiciaires sont en principe irrévocables et sans appel (2). Il ne faudrait pas en conclure que les jugements ne soient pas susceptibles de révocation soit par leur auteur, soit par un autre *cadi*. Nous estimons qu'un jugement peut être révoqué pour deux sortes de motifs : quand il se trouve en contradiction avec la loi, quand il est basé sur certains modes de preuves qui ne permettent pas de dire que, véritablement, on est arrivé à découvrir la vérité. De plus nous reconnaissons qu'un certain nombre de procès échappe au principe de l'autorité de la chose jugée. Cette réserve faite, nous croyons être en droit de poser en principe l'existence de l'autorité de la chose jugée. Bien entendu, cette autorité n'est pas la même qu'en droit français.

Nous devons, pour être loyal, signaler un passage du « *Minhadj* » que nous ne nous chargeons pas d'ex-

1. *Rev. Alg.*, 1897, I, p. 131.

2. Omar bey Loufty, 2^e fasc., 42; Ohsson, VI, 205.

pliquer absolument avec notre théorie. Nous le donnons de suite, quitte à y revenir :

« Celui qui avoue que telle chose est à un tel n'est
« plus recevable à revendiquer à moins qu'il ne se
« fonde sur un transfert postérieur ; mais un tel
« transfert n'a pas besoin d'être allégué par celui
« qui, après avoir dû céder sa propriété en vertu
« d'une revendication intentée contre lui et légale-
« ment prouvée, obtient dans la suite les preuves
« nécessaires pour faire admettre que c'est lui qui
« est le véritable propriétaire. S'il réclame l'objet,
« sa revendication est recevable (1). »

Un jugement peut être révisé soit par le *cadi* qui l'a rendu, soit par un autre *cadi*, lorsqu'il est en contradiction au fond avec un texte du Coran, avec la *Sounna*, avec l'opinion commune des juristes ou avec le bon sens (2). « Mais si le défaut du jugement ne
« consiste que dans quelque subtilité, la décision n'en
« constitue pas moins une chose jugée et ne saurait
« plus devenir l'objet d'un nouveau procès (3). »

Le jugement peut être révisé s'il y a eu irrégularité dans la forme, par exemple si le juge a refusé d'entendre une des parties, s'il a jugé en faveur de gens avec qui il est parent (ce qui fait qu'il aurait dû se récuser), s'il a pris en considération les déclara-

1. *Minhadj*, III, 442.

2. *Khalil Perron*, V, 167 ; *Ohsson*, VI, 207 ; *Minhadj*, III, 376.

3. *Minhadj*, III, 376.

tions de témoins immoraux, infidèles, mineurs ou esclaves (1).

Remarquons que dans les deux groupes de cas que nous venons d'examiner l'arrêt est révocable parce qu'il viole la loi ; si le cadi a la conviction de son erreur, il peut annuler son jugement et en rendre un autre. Si le cadi n'a pas cette conviction ou si le jugement est porté devant un autre cadi, il faudra prouver que le jugement viole la loi.

Le jugement n'est attaquable que pour violation de la loi, il ne le serait pas pour des questions de fait. On ne le révoquerait pas si l'on établissait que les témoins avaient menti, nous l'avons déjà vu en étudiant la rétractation du témoignage (2).

La seconde cause qui peut amener la révision d'un jugement c'est que ce jugement est basé sur des modes de preuves, qui, nous l'avons dit, ne permettent pas de croire qu'on est arrivé à la découverte de la vérité. Lorsque le jugement a été rendu par suite du serment qu'a prêté le défendeur que les prétentions de son adversaire n'étaient pas fondées, si le demandeur trouve des preuves qui justifient sa demande, il pourra renouveler l'instance. Nous avons étudié au chapitre du « Serment » l'effet du serment et la possibilité de recommencer le litige après un serment.

1. Khalil Perron, V, 168 ; Hedaya, 356 ; Omar bey Loufty, 2^e fasc., 46 ; Minhadj, III, 406.

2. Ohsson, VI, 207 ; Omar bey Loufty, 2^e fasc., 52.

Il semble au contraire certain que l'aveu clôt définitivement le procès et qu'on ne peut revenir sur une affaire lorsqu'on a avoué.

C'est pourquoi le juge, lorsqu'il rend son jugement, doit, à la demande de la partie gagnante, faire constater par témoin ou consigner par écrit que le défendeur a fait un aveu ou que l'une des parties a gagné le procès en prêtant serment ou, d'une façon générale, que la partie gagnante a produit telle ou telle preuve (1).

Un passage d'Ebn Acem peut, au premier abord, paraître contraire à l'autorité de la chose jugée : « La partie gagnante peut prier le cadi de déclarer, en prononçant le jugement, que l'adversaire ne pourra plus présenter aucun argument à l'avenir, ni revenir sur ce qui est jugé (2). » Faut-il en tirer la conclusion que l'autorité de la chose jugée dépend ainsi de la volonté de la partie qui triomphe et que l'oubli de la partie de réclamer l'exclusion de la possibilité de remettre le procès en action aurait pour conséquence de supprimer l'autorité de la chose jugée ? MM. Houdas et Martel expliquent ainsi ce passage : « L'hypothèse prévue est la suivante : un des plaideurs a obtenu du juge un délai pour présenter ses preuves, pour produire ses témoins. Ce délai

1. Minhadj, III, 375.

2. Tohfât, 98.

« s'écoule sans qu'aucune preuve valable ait été four-
« nie. Le cadi déclare cette partie déchue du droit
« de réclamer à l'avenir contre le jugement qu'il va
« rendre et qui est définitif. Cette déclaration de
« déchéance connue sous le nom de taadjiz est fort
« importante : si elle n'avait pas été prononcée, de
« nouvelles preuves pourraient être fournies même
« après le jugement rendu et ce jugement tombe-
« rait (1). »

Nous estimons que le cadi déclare la partie déchue du droit de présenter de nouvelles preuves parce qu'il faut qu'il déclare expiré le délai accordé à la partie. Si le juge ne le faisait pas, il n'aurait pas agi conformément à la loi, son jugement serait atta- quable pour vice de forme. Il tomberait et de nou- velles preuves pourraient être présentées (2).

Ebn Acem expose une véritable exception au prin- cipe de l'autorité de la chose jugée au vers qui suit celui que nous venons de citer : « Excepté en matière
« de hobous, de répudiation, de filiation, de meurtre,
« d'affranchissement » (3). Un homme prétend avoir constitué un bien en hobous, être le fils d'une certaine personne, être un homme libre, avoir été pardonné par les parents de la victime du meurtre, une femme se dit répudiée, ils pourront toujours faire leurs

1. Tohfât, note 56.

2. Khalil, Perron, V, 157.

3. Tohfât, 99.

preuves. Ces matières ont paru assez importantes au législateur pour qu'il lève en leur faveur l'obstacle de l'autorité de la chose jugée. Khalil signale les mêmes hypothèses qu'Ebn Acem comme étant toujours susceptibles d'un nouveau jugement (1).

Remarquons que dans un cas tout aussi digne d'intérêt, le législateur n'a pas fléchi la règle de l'autorité de la chose jugée. Lorsqu'un jugement basé sur les dépositions de faux témoins a attribué une fille à un individu qui la réclamait comme sa femme, la sentence ne peut être révoquée en se basant sur le seul moyen que les témoins ont menti (2). Par contre Mouradja d'Ohsson nous signale que si une femme déjà mariée épousait un autre homme, le premier mari pourrait la reprendre malgré le jugement consacrant le deuxième mariage (3). Faut-il dire que dans la deuxième hypothèse le premier mari n'avait pas été partie au jugement ? Omar bey Loufty nous signale qu'en général les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties, mais qu'en matière d'état ils ont effet *erga omnes* (4).

Revenons au passage du « Minhadj » qui, nous l'avons dit, échappe à notre théorie : un défendeur, après avoir dû céder sa propriété par suite de son aveu, ne

1. Khalil, Perron, V, 160.

2. Ohsson, VI, 207.

3. Ohsson, VI, 205.

4. Omar bey Loufty, 2^e fasc., 53.

pourrait plus revendiquer le bien, sauf s'il fondait sa demande sur une cause nouvelle, en l'espèce un transfert de propriété postérieur au premier jugement. Mais s'il n'avait pas avoué, si le demandeur avait « légalement prouvé » son droit, le défendeur dépouillé de son bien pourrait revenir sur la sentence, établir son droit s'il découvrait les preuves nécessaires.

La première partie du passage du « Minhadj » concorde avec notre théorie : il y a impossibilité de revenir sur un jugement basé sur un aveu. D'autre part, nous avons vu que si un demandeur avait, faute de preuve, déféré le serment au défendeur, il pourrait ensuite recommencer le procès à la condition de produire des preuves et non pas en déférant encore une fois le serment à son adversaire.

Dans le passage que nous examinons, faut-il admettre que le défendeur avait référé le serment, puis que le demandeur l'avait prêté et qu'alors le premier jugement n'étant basé que sur un serment, le défendeur pourra, en fournissant une preuve de son droit, recommencer le procès. Ce serait construire une hypothèse très particulière et de plus on n'arriverait point quand même à un résultat satisfaisant.

En effet, Nawawi nous expose que le refus par le défendeur de prêter le serment suivi du serment du demandeur a, selon un juriste, le même effet que si la demande avait été prouvée, et selon la majorité

des auteurs le même effet que l'aveu du défendeur (1).

Si on considère qu'il y a aveu, le défendeur qui succombe ne pourrait recommencer le procès. Si on admet que le refus de serment par le défendeur suivi de la prestation de serment par le demandeur équivaut à une preuve, preuve par témoins par exemple, on écarte l'hypothèse que nous supposions visée dans le passage du « Minhadj » que nous examinons maintenant (III, p. 442).

Il faut donc admettre que dans ce passage : « revendication intentée contre lui et légalement prouvée », la preuve fournie a été la preuve testimoniale. On en arrive donc à la conclusion qu'une sentence basée sur une preuve testimoniale n'a pas l'autorité de la chose jugée.

Nous avouons que cela porte gravement atteinte au principe de l'autorité de la chose jugée, en rite chaféi tout au moins. Il ne resterait plus qu'une seule sorte de jugements soumis à ce principe : ceux basés sur un aveu d'une des parties.

Quoi qu'il en soit, même en rite chaféi, il faut en venir à la conclusion suivante : il y a autorité de la chose jugée quand il n'y a violation de la loi ni au fond, ni en la forme (c'est-à-dire quand la sentence a été rendue régulièrement et que la loi a été bien interprétée au fond) et lorsque de plus la sentence se

1. Minhadj, III, 429.

base sur un mode de preuve qui permet de dire qu'on est arrivé à la découverte de la vérité. La vérité ne sera pas considérée comme découverte quand la preuve a été faite par le serment du demandeur en rites maléki et hanéfi et quand elle a été faite autrement que par l'aveu en rite chaféi.

Nous nous rapprochons, on le voit, du principe de l'autorité de la chose bien jugée de M. Zeys. Mais M. Zeys avait le tort de ne pas préciser quand il y avait chose bien jugée.

II

Dans le cas où il y a lieu à révision d'un jugement, le jugement peut être révoqué soit par le cadi qui en est l'auteur, soit par son successeur, soit par un autre cadi. Les cadis ne sont pas hiérarchisés, il n'y a pas des cadis jugeant en première instance et d'autres jugeant en appel. Les cadis sont appelés à réviser le jugement d'un collègue lorsque les parties viennent devant eux, ils doivent examiner alors s'il y a lieu de réviser le jugement ou seulement de le confirmer. Le cadi qui a rendu un jugement ou son successeur peut non seulement réviser la sentence sur la demande de la partie qui a succombé mais d'office s'il s'aperçoit de l'erreur. L'ange Gabriel serait apparu une fois au Prophète qui venait de rendre un

jugement et lui aurait montré qu'il avait mal jugé ; le Prophète aurait modifié sa sentence.

Un cadi ne peut réviser, pour cause de mauvaise interprétation de la loi, un jugement rendu par un cadi d'un rite différent (1). Nous nous refusons à tirer de là un argument en vue de soutenir, qu'à *fortiori*, en règle générale un cadi n'aurait pas à réviser un jugement rendu par un cadi de même rite (2). Il nous semble que cette défense faite au cadi d'un rite différent est destinée à empêcher qu'un cadi devant lequel on porte l'affaire déjà jugée, juge conformément à son rite alors que l'affaire était régulièrement tranchée selon le rite du premier cadi.

Y a-t-il des juridictions d'appel ou du moins ces juridictions ont-elles existé en droit classique ? Selon Mouradja d'Ohsson, les gouverneurs de province ont exercé parfois un contrôle sur les jugements des cadis. M. Van den Berg signale l'apparition intermittente de certains fonctionnaires, Cahib al Mathalim (inspecteurs des injustices), qui surveillaient les cadis. En Algérie avant la conquête, il y avait l'organisation des Midjlès. Ces Midjlès nous sont présentés parfois comme de simples conseils et non comme des cours d'appel (3). Il y avait en réalité deux Midjlès.

1. Zeys et Sidi Saïd, 109 à 111.

2. Morand, *R. A*, 1897, I, 134 et *Droit musulman algérien*, 344.

3. Gilbert Massonié, p. 13. Venture de Paradis, éd. Fagnan, p. 11, 157, 163, ne tranche pas la question.

Le premier était composé de juristes présidés par le cadi qui avait prononcé le jugement. On appelait donc du cadi au cadi, mais au cadi entouré d'un conseil. Le conseil délibérait et donnait son avis. Cet avis était-il conforme au jugement déféré, l'affaire était, semble-t-il, définitivement tranchée ; si l'avis n'était pas conforme, le cadi pouvait réformer son jugement (et alors le procès était terminé) ou bien il le maintenait en expliquant le pourquoi.

Dans cette dernière hypothèse on pouvait, muni du jugement et de l'avis du Midjlès, en appeler devant le Midjlès supérieur formé par le Souverain (dey ou gouverneur) entouré de ses conseillers. La décision de ce Midjlès était souveraine.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

Tout cadi doit réviser d'office un jugement qu'il a rendu quand il se rend compte qu'il a commis une erreur.

Le cadi peut réviser d'office les jugements de son prédécesseur, s'il y découvre des motifs permettant de les infirmer; il doit le faire si une des parties vient se plaindre de l'injustice commise par son prédécesseur (1).

Le jugement sera cassé lorsqu'il viole la loi, lorsqu'il est basé sur les dépositions de témoins dont le manque d'honorabilité vient à être prouvé (Ce cas rentre dans la règle générale : revision pour cause de violation de la loi) (2).

Le serment prêté par l'une des parties fait preuve, mais nous avons vu que si la personne qui a juré

1. Querry, II, 393.

2. Querry, II, 394.

avouait avoir prêté un faux serment il y aurait lieu à révision (1).

RITE ABADI

(Nous nous en tenons à ce qui se passait au Mzab.)

Lorsqu'une sentence était rendue, on pouvait faire appel devant le Midjlès dans le cas où on estimait que le jugement était contraire à la loi, que le juge avait mal jugé.

En appel on pouvait établir que les dires des témoins de l'adversaire étaient faux, et fournir de nouveaux moyens de preuves.

Le jugement rendu par le Midjlès n'était plus susceptible de révision, il était définitif.

Le juge qui avait jugé en première instance pouvait réformer son jugement s'il reconnaissait lui-même son erreur ; il pouvait encore le faire sur la demande de la partie qui, après une sentence rendue sur le serment de son adversaire, retrouvait une preuve littérale à l'appui de ses prétentions.

1. Querry, II, 402.

TITRE III

Conflits de preuves

Chacune des parties ayant fourni des preuves, il faudra déterminer la valeur des moyens produits afin de donner gain de cause à l'une des deux parties. Nous devons donc examiner la valeur respective des moyens de preuve, et rechercher lequel des adversaires triomphera en cas de preuves égales des deux côtés.

Au risque de nous répéter, nous croyons devoir dire, que nous avons déjà touché à ces deux questions.

En effet, nous avons vu que l'aveu d'une des parties mettait fin au litige, d'autre part que le serment était employé à défaut de preuve, pour solutionner le litige.

I

Les moyens de preuve, si nous laissons de côté l'écrit, nous apparaissent ainsi hiérarchisés : en tête vient l'aveu puis le témoignage, puis le serment.

La preuve constituée par un témoignage unique accompagné du serment est inférieure à celle résultant du témoignage de deux hommes (1). Ebn Accem signale cependant l'opinion du juriste Asbagh qui accordait la préférence à cette dernière preuve si le témoin unique était d'une valeur morale supérieure aux deux témoins de l'adversaire (2). Nawawi met sur le même pied d'égalité le témoignage de deux hommes d'une part, et celui d'un homme et de deux femmes d'autre part ; Malek estime au contraire que le premier des deux moyens est supérieur au second, mais il admet que la preuve résultant du témoignage d'un homme et de deux femmes l'emporte sur la preuve faite par un témoin et le serment (3).

L'infériorité des femmes est donc très sensible chez les Malékis en matière de témoignage ; Khalil, envisageant le cas où quatre témoins mâles ont affirmé qu'une femme avait commis un adultère ajoute que la peine de l'adultère ne sera pas écartée parce que quatre femmes viendront attester que la femme accusée est vierge ; il faudrait que quatre hommes l'affirmassent. Nawawi, au contraire, estime que dans de telles circonstances la preuve de l'adultère n'est pas considérée comme faite, mais d'autre part il remarque

1. Minhadj, III, 442-443.

2. Tohfât, 196 et 197.

3. Minhadj, III, 442 ; Khalil, Seignette, 1661-1662 ; Perron, V, 306.

que les témoins hommes ne seront pas pour cela considérés comme calomniateurs (1).

Khalil et Nawawi considèrent que lorsqu'une des parties a fourni deux témoins et l'autre un plus grand nombre, ce plus grand nombre n'est pas une cause de supériorité, il faudra peser les témoignages, non les compter (2).

Selon Charani, lorsque de part et d'autre le même nombre de témoins a été fourni, Malek décide que la preuve préférable est celle résultant des témoignages venant d'hommes notoirement irréprochables ; cette solution ne s'imposerait pas dans les autres rites, ceci est difficilement conciliable pour le rite chaféi avec ce que nous dit Nawawi (3).

La commune renommée paraît inférieure au témoignage direct (4).

Qu'en est-il des autres moyens de preuve et de leur gradation ? Les auteurs que nous avons consultés semblent muets, le juge aura sans doute à apprécier, il faut toutefois remarquer que certains moyens : témoignage rapporté, commune renommée, ne sont admis que dans des cas limités.

Les présomptions ne font pas preuve par elles-mêmes, elles doivent être accompagnées de serment ;

1. Khalil Perron, VI, 20 ; Seignette, 1945 ; Minhadj, III, 215.

2. Minhadj, III, 442 ; Khalil Perron, V, 306 ; Seignette, 1661.

3. Charani, Balance, 429.

4. Khalil Perron, V, 257, 258 ; Seignette, 1586, 1587.

elles viennent donc après la preuve testimoniale à laquelle elles sont inférieures.

Examinons maintenant la valeur de l'écrit. Nous avons déjà vu qu'un écrit semblait à l'origine, d'après les auteurs musulmans, ne faire preuve que s'il était confirmé par des témoins ; cependant on a admis l'écrit comme preuve complète après vérification de l'écriture. Ceci dit, nous trouvons à l'heure actuelle, à propos de l'écrit, deux théories : l'une présentant l'écrit comme moyen de preuve supérieur aux autres et contre lequel le témoignage ne serait pas admis, l'autre le présentant comme inférieur au témoignage, puisque l'écrit ne fait pas preuve par lui-même.

A s'en tenir au Coran la supériorité de l'écrit est indéniable : « Ce procédé est plus juste devant Dieu, mieux accommodé au témoignage, et plus propre à ôter toute espèce de doute » (1) ; il semblerait donc qu'un écrit rédigé en présence de témoins est supérieur aux autres moyens de preuve, principalement au témoignage. Cependant, nous l'avons déjà dit, les auteurs musulmans considèrent ce passage du Coran comme un simple conseil. MM. Sautayra et Cherbonneau ont toutefois soutenu la supériorité de l'écrit, en se basant sur le passage du Coran précité et ensuite sur ce qu'Abd el Baki ez Zorkani, commentateur de Khalil, affirme qu'un acte passé devant le cadi « cons-

1. Coran, sourate II, v. 282.

« titue la preuve principale et authentique du mariage, « et que toutes les prétentions élevées en dehors de « cet acte sont nulles et inadmissibles » (1). Ces auteurs donnent à l'appui de leur dire en ce qui concerne le mariage une énumération de jugements de cadis. Ils insistent sur leur doctrine à propos du partage (2). Un certain nombre d'arrêts et jugements s'inspirant de cette théorie voient avec défaveur le témoignage et attachent une grande valeur aux écrits (3).

Cette théorie a été exagérée et on a voulu voir dans l'écrit non seulement une preuve supérieure à la preuve testimoniale lorsqu'elle serait en concours avec celle-ci, mais une preuve indispensable qui ne laisserait place au témoignage qu'exceptionnellement : « La preuve par témoins ne doit, même en droit « musulman, être admise qu'à défaut de possibilité « de preuve écrite, à défaut d'aveu (4). » Sous cette dernière forme, la théorie nous paraît inacceptable. En admettant que le Coran soit impératif lorsqu'il parle de l'écrit, qu'il considère cette preuve comme meilleure, cela voudra simplement et tout au plus

1. Sautayra et Cherbonneau, I, p. 159.

2. Sautayra et Cherbonneau, II, p. 278.

3. Trib. Sidi-Bel-Abbès, 10 mai 1892. *R. A.*, 1892, 2.201, Cour d'Alger, 17 novembre 1890. *R. A.*, 1891, 2.224.

4. Justice de paix, Souk-Ahras, 2 juin 1908, *R. A.*, 1909, 2.106 et s.

dire qu'en cas de concurrence avec la preuve orale la preuve écrite triomphera. Mais faut-il en conclure que la preuve testimoniale ne sera admise qu'en cas d'impossibilité de se procurer un écrit ? Non. « Il
« ne faut (done) point s'étonner, écrit M. Morand dans
« une note sous le jugement en question, qu'en Al-
« gérie, à l'heure actuelle, des efforts soient faits
« pour restreindre de plus en plus, en matière mu-
« sulmane, le champ d'application de la preuve par
« le témoignage, efforts qu'enregistre le jugement
« ci-dessus relaté et dont il constitue une très inté-
« ressante consécration. » Mais ces efforts ne peuvent, selon nous, venir du juge seul ; il nous semble très osé de s'appuyer, comme le fait ce jugement, sur la généralisation de l'instruction parmi les indigènes et les facilités qu'ils ont à l'heure actuelle de se procurer des écrits, pour décider la nécessité d'un écrit pour faire preuve. Il est aussi risqué de s'appuyer sur l'évolution de la législation musulmane en Tunisie pour appliquer les résultats de cette évolution en Algérie, — cela concerne le législateur. Enfin, le passage du commentaire du Coran par El Khazin apportant les paroles du Prophète : « Il ne convient pas à tout musulman ayant des biens, de passer deux ou trois nuits de suite sans avoir sur lui son testament » ne prouve pas qu'il faille « évidemment un acte écrit ayant pour but d'établir la volonté du défunt ».

En effet, le testament en droit musulman peut être oral, le Coran n'exige point un écrit (1).

El Bokhari dit bien, lui aussi: « L'homme doit toujours avoir son testament écrit devers lui. » Mais M. Peltier fait observer que si le testament était généralement écrit du temps du Prophète, il pouvait être aussi oral; et il note qu'El Quastallani, commentateur d'El Bokhari, fait remarquer que le passage d'El Bokhari signifie « que la preuve d'un testament doit être toujours assurée », mais que la forme écrite ne s'impose pas (2).

Faut-il prétendre que l'écrit est inférieur au témoignage? Il nous semble erroné de le soutenir, comme le fait M. Pfender (3) en se basant sur le passage de Khalil: « S'il y a contradiction entre l'écrit du juge com-
« mettant et le dire des témoins chargés de le trans-
« mettre, le juge commis se basera de préférence sur
« la déclaration verbale de ceux-ci. » M. Pfender veut voir là deux moyens de preuve opposés l'un à l'autre: d'une part un écrit, d'autre part un témoignage. Au fond M. Pfender prend les deux parties d'une preuve littéraire, l'écrit en lui-même, les témoins d'autre part, et proclame la supériorité de la preuve testimoniale sur la preuve littéraire. Or dans l'exemple

1. Coran, sourate V, v. 105.

2. *Livre des testaments du Cahih d'El Bokhari*, Peltier, 8; El Bokhari, Houdas et Marçais, I, 261.

3. Pfender, thèse, 32.

on peut bien trouver une preuve testimoniale complète fournie par deux témoins, mais on ne peut envisager ensuite qu'il y a une preuve littérale si on considère l'écrit en dehors des témoins. Certainement le témoignage est supérieur à un écrit quelconque dont la sincérité n'est pas certifiée. Mais ce qu'il faudrait établir pour conclure à la supériorité de la preuve testimoniale, c'est que si on avait d'une part un témoignage fourni par deux témoins, et d'autre part un écrit certifié sincère par deux témoins, le juge devrait préférer le premier de ces deux moyens. Cela n'est pas.

A l'heure actuelle on admet qu'un écrit peut faire preuve même s'il n'y a pas eu de témoins assistant à sa rédaction, à la condition que la sincérité de l'écriture soit vérifiée. La vérification de l'écriture équivant par conséquent à la présence des témoins qui ont pour mission d'attester que l'écrit présenté est un écrit fidèle. Il nous semble donc que cet écrit aura la même valeur au point de vue force probante que le témoignage.

II

La seconde question que nous devons envisager est celle-ci : Que se passe-t-il lorsque les parties ont fourni des moyens de preuves considérés en eux-mêmes comme équivalents ?

Lorsque des témoins déclarent une chose et que

d'autres disent ne pas en avoir connaissance, c'est d'après le dire des premiers que la décision sera rendue (1) : en effet ce dire est plus précis.

Selon Ibrahim Halebi, en cas de preuves égales, on donnera la préférence à la partie dont la prétention s'éloigne le plus de la vraisemblance (2), parce qu'elle a fourni la preuve d'un fait plus difficile à établir.

En matière de revendication : Abou Hanifa et Mohamed ibn Hambal, dans l'une de ses données, décident que lorsque les deux parties font la preuve de leur droit de propriété sans établir l'origine de leur droit, on préfère les témoignages fournis en faveur de celui qui n'a pas la possession. Lorsque les deux adversaires prétendent tenir la chose de la même personne, celui qui possède aura gain de cause. Lorsque tous deux réclament un animal parce que c'est le croît d'une femelle qui leur appartient, la preuve fournie par celui qui possède l'animal est préférée (3). Lorsque les deux parties revendiquent en établissant l'origine de leur droit, on donne la préférence au possesseur.

Lorsque les deux parties revendiquent une chose dont un tiers est détenteur et fournissent des preuves égales ; Nawawi estime que les deux parties

1. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 208 ; Cf. aussi ce que nous disons des déclarations contradictoires des mozakkis.

2. Ohsson, VI 199.

3. Charani, Balance, 429 ; Hedaya, 401.

doivent être déboutées. Abou Chodja est d'avis qu'il faudra faire jurer les deux adversaires. Celui qui prêtera serment aura gain de cause. Ce serait aussi l'opinion de Malek d'après Charani et Ebn Acem. Hanifa, certains auteurs malékis, dont Khalil, et des auteurs chaféïs, d'après Nawawi, estiment qu'il faudra partager l'objet du litige proportionnellement aux prétentions des parties. Cette division se fera ainsi : une des parties se dit propriétaire pour le tout, l'autre pour moitié, on accordera les deux tiers de l'objet litigieux à la première, un tiers à la seconde ; si toutes les deux se disent propriétaires pour le tout, on leur accordera la moitié à chacune. Selon d'autres auteurs, il faudra tirer au sort ; selon d'autres enfin, mettre l'objet du litige sous séquestre jusqu'à ce qu'une preuve décisive soit fournie ou une transaction intervenue (1).

Les mêmes solutions s'imposent lorsque les deux adversaires possèdent.

Une seule des parties possède-t-elle, elle aura gain de cause, sauf la remarque que nous avons faite plus haut pour les rites hanéfi et hambali (2).

Mais la possession de l'objet n'est pas une présomption en faveur du défendeur, si le demandeur

1. Charani, *Balance*, 429, 430; Khalil Perron, V, 213, 214; Seignette, 1670 ; Tohfât, 200-202 ; Minhadj, III, 440, 441; Fath al Qarib, 449.

2. Khalil Perron. 312, 313 ; Seignette, 1669 ; Tohfât, 202 ; Minhadj, III, 441 ; Ohsson, IV, 200.

revendique l'objet disant que le défendeur le lui a vendu, alors que le défendeur prouve son droit de propriété sans nier le transfert (1) ; dans ce cas il n'y a pas en effet incompatibilité entre les dires des deux parties.

A défaut de préférence résultant de la possession on préfère la preuve de celui qui fait remonter sa propriété à une époque antérieure à celle de l'adversaire. Si l'un prouve être propriétaire depuis deux ans, l'autre depuis une année seulement, ce dernier succombe, à moins qu'il n'y ait possibilité de concilier les deux prétentions ; en effet celui qui prouve être propriétaire depuis un an peut avoir acquis la chose après que son adversaire a cessé d'être propriétaire (2).

On préfère la preuve qui établit la propriété à celle n'établissant que la possession (3).

La preuve qui établit l'origine de la propriété, la basant par exemple sur une acquisition, est préférable à celle établissant la continuité de la possession, car les témoins qui affirment la possession peuvent ignorer qu'il y a eu transmission (4).

Elle est également préférable à celle établissant

1. Minhadj, III, 443.

2. Minhadj, III, 443 ; Tohfât, 198, 199 ; Khalil Perron, V, 306 ; Seignette, 1660 ; Ohsson, IV, 200.

3. Khalil Perron, V, 309 ; Seignette, 1664.

4. Khalil Perron, V, 309 ; Seignette, 1665.

simplement la propriété (1). Enfin si l'une des parties prétend être propriétaire parce qu'elle a acquis la chose par suite d'un achat tandis que l'adversaire prétend en être propriétaire par voie d'hérédité ou par suite d'un legs ou d'une donation, la première partie l'emporte (2).

En matière de contrats :

Nous avons vu que le serment était prêté par la partie défenderesse lorsque aucune preuve n'était fournie. Lorsque des preuves sont fournies par les deux parties ou que les deux parties ont des prétentions aussi vraisemblables l'une que l'autre, le juge fera prêter le serment aux deux parties ; si l'une refuse et que l'autre jure, cette dernière triomphera ; si les deux refusent ou si les deux jurent, le juge cherchera à concilier les parties ; s'il n'y parvient pas et si les choses sont restées entières, le contrat est annulé purement et simplement. Ainsi lorsque les deux parties reconnaissent qu'une vente a eu lieu et ne sont pas d'accord sur le prix, si la chose vendue existe toujours, il y a lieu de la restituer. Le juge fera jurer d'abord le vendeur, ensuite l'acheteur. De même en cas de bail ; de même en cas de contrat de transport s'il n'y a pas eu exécution (3). Lorsque, en cas de

1. Khalil Perron, V, 305 ; Seignette, 1659.

2. Ohsson, VI, 200.

3. Minhadj, I, 410 ; Tohfât, 849-851-857 ; Khalil Perron, IV, 424 ; Seignette, 297 ; Hedaya, 407.

vente, la chose vendue n'existe plus, Khalil et Ebn Acem s'en rapportent au dire de l'acheteur pour le montant du prix de vente (1). Selon Nawawi, le juge condamnera l'acheteur à payer une indemnité (2). Dans le cas de transport exécuté, les deux parties ayant juré, le juge condamnera le propriétaire des marchandises à payer au transporteur une indemnité, de même en cas de bail (3). En somme, le juge aura plutôt pour mission de concilier les deux parties ; s'il ne peut y arriver, faute de pouvoir découvrir la vérité, il cherchera à mettre les choses dans leur état primitif.

L'ordre dans lequel les parties prêtent serment est parfois déterminé par la loi, lorsqu'il ne l'est pas ce sera au juge de le fixer. El Bokhari conseille alors au juge de recourir au tirage au sort, le Prophète agissait ainsi selon Abou Horeïra (4).

Nous croyons devoir signaler un cas particulier de conflit de preuves parce que beaucoup d'auteurs musulmans en parlent et qu'il permet de vérifier la théorie de la preuve. C'est le cas où deux frères, l'un musulman, l'autre chrétien soutiennent que leur père est mort dans la religion que chacun d'eux professe. L'un dit qu'il est mort musulman, l'autre qu'il est

1. Khalil Perron, III, 424 ; Seignette, 247 ; Tohfât, 854.

2. Minhadj, I, 410.

3. Khalil Perron, IV, 641-643-644 ; Seignette, 1179-1184

4. El Bokhari, Houdas et Marçais, II, 230.

mort chrétien. L'intérêt de la question est qu'un musulman ne peut succéder *ab intestat* à un non musulman et vice versa.

Il faut envisager les hypothèses suivantes :

1° Le père était primitivement chrétien ; l'un des fils s'est converti à l'islamisme, et prétend que son père a fait de même.

En cas d'absence de preuve de part et d'autre le fils chrétien l'emportera, car il affirme un fait de permanence ; il est présumable que le père est mort dans la religion dans laquelle il a vécu (1).

Si les deux fils font la preuve de leur dire, la preuve du frère musulman l'emporte : en effet ses témoins soutiennent l'existence d'un fait, que les témoins du fils chrétien peuvent ignorer (2).

Mais selon Nawawi, si les preuves fournies n'ont pas rapport à la religion même que le père professait, mais à des circonstances spéciales dont on peut déduire la religion, par exemple à ses dernières paroles, les deux réclamations sont annulées (3). Selon Charani, Chaféi donne dans ce cas gain de cause au fils chrétien, s'il prête serment (4). En effet dans ce cas de part et d'autre, on invoque des faits précis de

1. Khalil Perron, V, 315 ; Seignette, 1672 ; Minhadj, 446.

2. Khalil Perron, V, 316 ; Seignette, 1672 ; Minhadj, III, 446 ; Charani, Balance, 426.

3. Minhadj, III, 447.

4. Charani, Balance, 428.

même nature, ils se détruisent, et l'on donne la préférence à celui qui soutient la continuité de l'état du père quant à la religion.

2° On ignore quelle était la religion primitive du père : le fils chrétien dit que son père est mort chrétien, l'autre qu'il est mort musulman ; chacun des fils fournit une preuve égale ; les deux réclamations s'annulent selon Nawawi (1). Au dire de Charani, en rite chaféi on tirera au sort la succession mais le défunt sera enterré selon le cérémonial islamique (2).

1. Minhadj, III, 447.

2. Charani, Balance, 428.

APPENDICE

Rites hérétiques

RITE CHIITE

Comme en droit sunnite, le serment n'est possible qu'à défaut de preuve.

La preuve par commune renommée est inférieure, puisque même dans les cas où elle est admise, elle ne saurait avoir d'effet contre le possesseur pour lui enlever le bien détenu (1).

Le témoignage de deux hommes n'a pas plus de valeur que celui d'un homme plus deux femme dans les matières où ce dernier est admis. Ces deux témoignages sont préférés à la preuve résultant d'un témoignage unique et le serment de la partie (2).

La femme accusée de fornication par quatre témoins ne sera pas condamnée si quatre femmes attestent qu'elle est vierge (3).

1. Query, II, 462.

2. Query, II, 436.

3. Query, II, 494.

En cas de contestation à propos de la propriété en l'absence de preuve le possesseur a gain de cause ; si les deux parties possèdent il y a lieu à partage. Si le bien est possédé par un tiers, on se fierà à la parole de ce tiers qui désignera sous serment quel est le propriétaire du bien (1).

S'il y a preuves contradictoires si les deux parties établissent leur droit de propriété, sans en prouver l'origine, le possesseur aura gain de cause selon El Toussi ; celui qui ne possède pas selon El Mohekkik,

Lorsqu'il y a preuve de l'origine de la propriété certains auteurs se basant sur la conduite d'Ali donnent la préférence au possesseur ; d'autres avec El Mohekkik accordent gain de cause à celui qui ne possède pas, ils invoquent un hadits en faveur de leur opinion (2).

Lorsque le possesseur fait la preuve de l'origine de son droit de propriété, et son adversaire seulement la preuve de son droit sans établir l'origine, le premier a gain de cause (3).

Lorsque le bien litigieux est dans les mains d'un tiers et que les deux adversaires font preuve de leurs prétentions par témoins, on accorde la préférence à la partie dont les témoins paraissent les plus hono-

1. Query, II, 433,

2. Query, II, 436.

3. Query, II, 435.

rables. Si les témoins des deux adversaires sont également honorables, gain de cause est accordé au plaideur qui produit le plus grand nombre de témoins. En cas d'égalité quant au nombre et quant à l'honorabilité on tirera au sort. La partie désignée par le sort prêterait serment et aura gain de cause ; si elle refuse le serment, l'autre jugera et triomphera. Si les deux plaideurs refusent de jurer, on partagera entre eux l'objet litigieux (1).

L'ancienneté de la propriété est une cause de préférence en cas de preuve contradictoire (2).

RITE ABADI

Le serment comme en droit sunnite est un moyen de preuve inférieur puisqu'il n'intervient qu'à défaut d'autres moyens de preuve.

Il est exigé des deux parties dont les prétentions sont aussi vraisemblables pour trancher le différend.

Le témoignage émanant de deux hommes semble plus probant que celui fourni par un homme et deux femmes.

L'écrit paraît jouer un rôle important en droit abadi. Il n'est généralement pas un moyen exclusif ; mais lorsqu'une obligation a été constatée par écrit, on

1. Querry, II, 435.

2. Querry, II, 436.

ne peut établir la libération qu'au moyen d'une preuve littérale, sauf si la dette était minime. Les Mzabites estiment que si on avait pris la peine de mettre l'obligation par écrit, il est invraisemblable qu'on n'ait pas constaté la libération de la même façon.

Lorsqu'une preuve littérale est opposée à une preuve par témoins, il faudra donner la préférence à la preuve littérale si le rédacteur de l'écrit est plus honorable que les témoins, à la preuve verbale si les témoins sont plus considérés que l'écrivain.

En cas de preuves égales, le possesseur a gain de cause.

Si les deux parties possèdent ou si aucune ne possède, il y aura lieu à partage.

Celui qui fait la preuve de l'origine de son droit de propriété est préféré à celui qui ne fait qu'établir son droit.

ANNEXE

Les preuves dans la coutume kabyle

Nous avons cru mieux faire en exposant la théorie de la preuve dans la coutume kabyle en un chapitre spécial. Nous empruntons les quelques notes qui suivent à l'ouvrage de MM. Hanoteau et Letourneux.

I

ORGANISATION JUDICIAIRE

Les fonctions judiciaires étaient exercées par la djemâa, les juges arbitres, et les arbitres ordinaires choisis par les parties.

La djemâa, assemblée des hommes majeurs, jugeait elle-même ou déléguait des akal ou saisissait des juges arbitres.

Le juge arbitre était un alem (savant) dont les décisions étaient souveraines si les parties déclaraient à l'avance s'y soumettre. Pour remplir le rôle de juge arbitre, il fallait être marabout, de bonne origine et

savant. Les mœurs obligeaient un individu remplissant ces conditions à exercer ces fonctions, si on le lui demandait (1).

La djemâa et les juges arbitres pouvaient faire entendre d'office un témoin (2).

Lorsqu'il y avait lieu de procéder à une vérification d'écriture la djemâa saisissait de la question un juge, elle ne faisait pas elle-même les vérifications d'écritures (3).

En matière criminelle le djemâa était seule compétente pour juger, elle pouvait aussi déléguer un amin. L'amin remplissait de plus le rôle de juge d'instruction (4).

II

CHARGE DE LA PREUVE

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation
« doit la prouver. Réciproquement, celui qui se
« prétend libéré doit justifier le paiement dont il ex-
« cipe ou le fait qui a produit l'extinction de l'obli-
« gation (5). »

1. Hanoteau et Letourneux, III, 1 et 2, Akal, pluriel d'akil: homme sage, chef de famille.

2. Hanoteau et Letourneux, III, 22.

3. Hanoteau et Letourneux, III, 21.

4. Hanoteau et Letourneux, III, 308, 310 ; Amin : agent choisi par la djemâa pour la diriger.

5. Hanoteau et Letourneux, II, 366.

Le principe est donc le même qu'en droit musulman. Il y a cependant une grosse différence à signaler : l'aveu est indivisible.

III

L'AVEU

« L'aveu de la partie est considéré par les Kabyles
« comme la preuve la plus puissante que l'on puisse
« invoquer. »

L'aveu peut être fait par mandataire. Il doit émaner d'une personne saine d'esprit, capable. Il ne doit pas dissimuler une donation (1).

En matière pénale, la fuite de l'accusé est considérée comme un aveu de culpabilité (2).

L'aveu doit être déterminé, l'aveu vague n'est pas considéré comme probant.

L'aveu est indivisible : « L'aveu, une fois constaté,
« termine toute contestation, il fait pleine foi contre
« celui dont il émane, mais il ne peut être divisé con-
« tre lui » (3).

1. Hanoteau et Letourneux, II, 371.

2. Hanoteau et Letourneux, II, 310.

3. Hanoteau et Letourneux, III, 19.

IV

LA PREUVE TESTIMONIALE

Lorsqu'un individu est requis de témoigner, il doit le faire sous peine d'amende. Les témoins sont transportés et nourris aux frais de la partie qui les a cités ; lorsqu'ils sont convoqués d'office, les frais sont partagés entre les deux adversaires (1).

Le mineur et le dément sont incapables de déposer.

Le nègre, le menteur, le concussionnaire, l'assassin en sont indignes. On ne récuse pas l'homme irreligieux, l'individu qui boit du vin, ni celui qui fréquente les infidèles.

Certaines tribus n'admettent pas le témoignage d'étrangers à la tribu, d'autres acceptent ce témoignage.

Chez les Aït Saada, celui qui témoigne dans une affaire concernant des étrangers, sans consulter la djemâa, paye une amende.

Le témoignage des femmes a la même valeur que celui des hommes, pour les affaires n'intéressant que les femmes, sinon le témoignage d'un homme équivaut à celui de deux femmes (2).

1. Hanoteau et Letourneux, III, 22, 24.

2. Hanoteau et Letourneux, III, 368-369, II, 23-24, III, 381-368.
Kanoun des Aït Ferah et des Akbil.

Les causes de récusation sont la parenté ou l'alliance à un degré rapproché, l'intimité grave, le fait d'être domestique d'une des parties, d'avoir avec elle des intérêts communs, d'être son créancier ou son débiteur (1).

Dans certaines tribus, une femme n'est pas crue lorsqu'elle affirme qu'une autre femme s'est livrée à un homme, on craint que des jalousies entre femmes n'amènent de faux témoignages.

Les mineurs ne peuvent être témoins que pour un délit imputé à un de leurs camarades. Dans beaucoup de tribus on admet que les jeunes bergers peuvent témoigner sur les vols de bestiaux, leurs dépositions suffiront à établir la culpabilité de l'accusé (2).

Les amins et les akal donnent aux juges arbitres des indications sur la recevabilité d'un témoignage.

La moralité des témoins peut être établie par des certificateurs. Les causes de récusations infamantes sont passées sous silence pour éviter les rixes, les autres sont exprimées formellement (3).

Il semble qu'il faille généralement deux témoins. Il en est autrement pour ce qui concerne les attentats à la pudeur et aux bonnes mœurs.

Chez les Aït Kani et les Koukou, la plainte de la

1. Hanoteau et Letourneux, III, 23.

2. Hanoteau et Letourneux, III, 312, 333, Kanoun de la tribu des Cheurfa.

3. Hanoteau et Letourneux, III, 24, 14, 15.

femme est suffisante pour établir qu'un homme l'a violée. L'aveu d'une femme qu'elle a commis un adultère avec tel homme établit la culpabilité de l'homme.

Chez les Cheurfa un seul témoin est suffisant dans ces matières.

Dans d'autres tribus la plainte de la femme qu'elle a été violée établit ou non le crime, selon que la femme a une bonne réputation et que l'homme accusé en a une mauvaise.

Dans certaines tribus enfin, lorsqu'il n'y a qu'une accusation de la femme, la peine est moindre que si la plainte avait été établie par témoins.

La plainte du mari que sa femme a commis l'adultère prouve le crime si le mari a essayé de tuer le séducteur. Le seul fait de s'exposer à la vengeance de la famille du séducteur suffit à donner assez de poids à la plainte pour qu'elle soit jugée conforme à la réalité des faits (1).

Il y a donc parfois dispense de preuve dans des matières où le Droit musulman exige des preuves rigoureuses.

Les témoins sont entendus séparément, on peut leur imposer le serment de dire la vérité. Devant la djemâa les parties leur imposent le mode et la formule de serment qu'elles jugent convenables. Le juge

1. Hanoteau et Letourneux, III, 313, 314.

arbitre consulte sur ce point les parties, mais il a le choix de la formule et du mode de serment (1). On n'impose généralement pas ce serment aux marabouts, ni aux chefs de çof, ce serait leur faire une grave injure (2). « Dans certaines tribus ce ne sont pas les témoins qui prêtent le serment, mais deux ou plusieurs de leurs parents jurant que le témoin a dit la vérité » (3). Ce serment est imposé soit par le juge soit par les parties.

Lorsqu'une femme est témoin, l'alem peut la faire comparaître devant lui, car il est marabout ; les femmes de marabout viennent entourées de leurs familles et l'assistance se retire pendant leurs dépositions.

Les femmes de très haute condition témoignent chez elles devant des délégués qui sont parfois leurs parents.

Les femmes ne comparaissent jamais devant la djemâa, leurs témoignages sont toujours recueillis à domicile (4).

Lorsqu'un témoin ne peut se transporter, on délègue des akal pour requérir son témoignage, mais si le témoin vient ensuite déposer lui-même, c'est sa déposition qui fait foi. Lorsque le témoin est absent

1. Hanoteau et Letourneux, III, 22.

2. Hanoteau et Letourneux, III, 23.

3. Hanoteau et Letourneux, II, 369.

4. Hanoteau et Letourneux, III, 25, 26.

du pays on peut attendre son retour ou l'inviter à témoigner devant le juge du lieu où il se trouve (1).

V

L'expertise est connue de la coutume kabyle, généralement on ne désigne qu'un expert (2).

VI

PREUVE LITTÉRALE

« En général, la preuve littéraire n'est pas en très grand honneur en Kabylie, surtout lorsque le rédacteur de l'acte et les témoins qui y figurent sont décédés, ou n'ont pas joui, de leur vivant, d'une réputation sans tache (3). »

L'acte écrit n'a de valeur que s'il a été reçu par un taleb considéré, en présence de témoins honorables ; mais l'écrit qui remplit ces conditions fait alors foi même contre les déclarations des témoins qui y ont figuré (4).

L'acte sous seing privé doit être soumis à la vérification d'écriture, en cas de dénégation de celui à qui

1. Hanoteau et Letourneux, III, 24.

2. Hanoteau et Letourneux, III, 28.

3. Hanoteau et Letourneux, II, 366.

4. Hanoteau et Letourneux, II, 366.

il est opposé. La coutume kabyle se montre élémentaire envers celui qui fait usage d'un faux, elle ne le condamne pas à l'amende et ne le considère pas comme déchu du droit de faire sa preuve par témoins (1). La fabrication des actes faux auxquels on donne un aspect d'ancienneté en les jaunissant à la fumée se pratiquerait sur une grande échelle.

Malgré la défaveur des écrits, dans plusieurs tribus, certains contrats : vente d'immeubles, locations par exemple, doivent être contractés par écrit, sous peine de nullité (2).

MM. Hanoteau et Letourneux nous signalent que les livres des commerçants peuvent fournir des preuves (3). Ceci nous paraît dû à l'influence européenne.

VII

LE SERMENT

« Le serment judiciaire est ordonné par le juge
« toutes les fois qu'il peut exister quelque doute au
« sujet du droit. » « Il doit être déféré nécessaire-
« ment à la partie en faveur de laquelle s'élève une
« présomption grave. En l'absence d'une pareille pré-
« somption c'est au juge qu'il appartient de décider

1. Hanoteau et Letourneux, III, 21 ; II, 367.

2. Hanoteau et Letourneux, II, 382 ; III, 159.

3. Hanoteau et Letourneux, II, 367.

« laquelle des parties devra prêter serment. Il peut
« même, s'il le juge convenable, déférer le serment
« aux deux parties. Si l'une des deux seulement con-
« sent à jurer elle obtient gain de cause. Si toutes les
« deux acceptent le serment, l'obligation au sujet de
« laquelle on plaide est annulée. Dans quelques tribus,
« on suit à la lettre les préceptes du Coran : la par-
« tie qui nie doit être seule admise au serment (1). »

La dernière réflexion est malheureuse, nous avons vu qu'en droit musulman les deux parties pouvaient être appelées à jurer.

Le juge pourrait ordonner que la partie qui doit prêter le serment le prètera avec ses témoins, ceux-ci jurant « non que leur déclaration contient la vérité, mais que le plaideur qui les a produits a raison « dans sa demande ou dans son exception » (2).

Enfin, dans les tribus de la rive droite du Sebaou, le juge peut décider que la partie jurera avec ses parents au nombre de trois, quatre ou sept selon les Kanouns (3). Les parents affirment l'honorabilité de la partie et non pas la connaissance qu'ils ont du fait, car ils peuvent l'ignorer.

Si le plaideur ou ses conjureurs refusent le ser-

1. Hanoteau et Letourneux, II, 372.

2. Hanoteau et Letourneux, II, 372 ; Trib. de Constantin, 11 juillet 1893 ; R. A., 1893, 2, 522.

3. Hanoteau et Letourneux, II, 372, III, 30.

ment, on le défère à l'adversaire et aux parents de l'adversaire.

Le serment est un mode de preuve très employé en matière criminelle. Dans certaines tribus lorsqu'un homme est accusé de vol sans qu'il y ait de preuve, l'accusateur avec trois à sept de ses parents prête serment que l'accusé a volé. Ce serment suffit pour faire condamner l'accusé. Dans d'autres tribus on défère le serment à l'accusé et à ses parents (1).

La femme accusée jure avec son mari. Chez les Aït Roubri l'habitant qui loge un pauvre, qui est accusé, prête le serment à sa place, cela est assez logique, puisqu'en cas de condamnation, c'est lui qui paie les dommages et l'amende (2).

Le serment est prêté soit devant le juge, soit à la mosquée (3).

VIII

PRÉSOMPTIONS

« La coutume kabyle attache à certains faits ou à certains actes une présomption qui dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe (4). »

1. Hanoteau et Letourneux, II, 373, III, 317.

2. Hanoteau et Letourneux, III, 317.

3. Hanoteau et Letourneux, II, 372.

4. Hanoteau et Letourneux, II, 369.

Par exemple la restitution du gage au créancier fait preuve du paiement, la remise du titre établit la transmission de la propriété, l'abandon aux pauvres des revenus d'un bien fait preuve de la constitution d'un hobous. Mais la partie adverse peut toujours exiger le serment de celle en faveur de qui la présomption existe (1).

« Les kabyles ont pris des mesures énergiques
« pour mettre un terme à des contestations judiciai-
« res dont la persistance leur paraissait constituer
« un danger public, presque tous les kanouns contien-
« nent des dispositions pénales destinées à assurer
« l'autorité de la chose jugée et le respect de la tran-
« saction (2). »

Lorsqu'un procès a été tranché par un jugement régulier la partie qui a succombé ne peut le recommencer que si elle produit des moyens de preuve nouveaux. Il y a lieu à révision si le juge avait mal jugé, si les témoins avaient menti, si l'auteur d'un aveu était incapable, si la partie qui a triomphé avoue qu'elle n'avait pas le droit pour elle.

Dans toutes ces hypothèses la djemâa rend un nouveau jugement (3).

1. Hanoteau et Letourneux, II, 370.

2. Hanoteau et Letourneux, II, 370, III, 330; Kanoun d'Aït Ameer, de Koukou.

3. Hanoteau et Letourneux, II, 270, III, 18, 31, 32.

IX

CONFLITS DE PREUVES

Les témoignages qui affirment la propriété l'emportent sur les déclarations qui n'établissent que la possession. Le possesseur a gain de cause en cas de preuves égales de part et d'autre. Si les deux adversaires possèdent, on leur partage l'objet litigieux.

Les témoignages se pèsent et ne se comptent pas (1).

X

La coutume kabyle se montre originale par son système de condamnations mitigées en cas de demi-preuve ou pour mieux dire de graves soupçons.

Un individu de mauvaise réputation est accusé de vol, va-t-on lui déférer le serment faute de preuve ? On a crainte qu'il n'hésite pas à faire un faux serment, on ne le fera pas jurer, on le condamnera à une peine moindre que celle frappant le vol lorsqu'il est prouvé (2).

1. Hanoteau et Letourneux, II, 369.

2. Hanoteau et Letourneux, II, 322.

Autre exemple, une personne mal famée est trouvée dans un lieu où elle a pu voler, cela suffira à lui faire infliger une amende si quelque chose a disparu de cet endroit (1).

1. Hanoteau et Letourneux, II, 234.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT MUSULMAN MODERNE

Nous ne nous proposons pas d'étudier la théorie de la Preuve en droit musulman moderne. Nous désirons simplement examiner quelques réformes apportées à la théorie classique par les codes musulmans modernes, à propos de l'admission de certains moyens de preuve.

La nécessité de mettre le droit en rapport avec les exigences modernes devait conduire les législateurs des pays musulmans à admettre la preuve littérale dans une plus large mesure et à restreindre par contre le champ d'application de la preuve testimoniale; cette tâche était facilitée par le Coran qui recommande l'écrit.

La notion d'authenticité, avec les avantages que comporte l'acte authentique, s'est fait jour dans les codes modernes. Les actes authentiques et les actes sous seing privé vont devenir, en matière civile, les moyens de preuve les plus puissants. Les écrits

privés, correspondances, livres de commerce dont la tenue a été réglementée, vont jouer un rôle important.

L'usage de l'écrit, des registres tenus régulièrement non seulement se généralise chez les particuliers, mais s'implante dans les mœurs administratives. On constate par écrit les transmissions de propriétés, les actes judiciaires, les déclarations de l'état civil.

Nous ne voulons pas, nous avons dit, étudier toutes ces institutions modernes mais seulement examiner leur influence sur la théorie de la preuve.

CHAPITRE PREMIER

Droit ottoman

Les actes authentiques se distinguent des actes sous seing privé. Voici l'énumération des principaux articles des codes qui entraînent :

Code de procédure civile, art. 72. — « Les actes
« d'obligations et de conventions sont de deux espè-
« ces : 1° Actes authentiques, ceux qui sont légalisés
« officiellement et légalement par les fonctionnaires
« compétents dans le lieu où ces actes ont été rédi-
« gés ; 2° actes sous seing privé, ceux qui sont sim-
« plement revêtus de la signature ou des cachets des
« souscripteurs sans la légalisation des fonction-
« naires compétents. »

Art. 74. — « Les actes authentiques font pleine,
« foi de la convention qu'ils renferment entre les
« parties contractantes et leurs héritiers ou ayants
« cause. »

Art. 76. — « L'acte sous seing privé revêtu de la
« signature ou du cachet des parties contractantes

« mais lequel n'a pas été officiellement légalisé, a la
« même foi que l'acte authentique, s'il est reconnu
« par celui auquel on l'oppose ou s'il est légalement
« tenu pour reconnu. »

Art. 77. — « Celui auquel on oppose un acte sous
seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer son
cachet ou sa signature et son écriture. »

Les articles 97 à 105 traitent de la vérification
d'écriture.

Art. 80. — « Toutes obligations et conventions qu'il
« est d'usage de stipuler par écrit et les demandes
« relatives à une association, entreprise ou emprunt,
« doivent être prouvées par titres lorsque le chiffre
« dépasse 5.000 piastres. Toute prétention opposée à
« un titre concernant ces sortes de demandes doit être
« établie soit par titre, soit par l'aveu, soit par la pré-
« sentation des livres du défendeur, lors même qu'il
« s'agirait d'une réclamation inférieure à 5.000 pias-
« tres. »

Art. 81. — « La règle établie dans l'article 80 s'ap-
« plique aussi dans le cas où l'action contient, outre
« la demande du capital, une demande d'intérêts ou
« d'autres réclamations qui, réunies à la demande
« principale, excèdent la somme de 5.000 piastres. »

Art. 82. — « La règle établie dans l'article 80 n'est
« pas appliquée dans les cas ci-après énoncés.

« Ces cas sont : 1° Les obligations contractées entre
« mari et femme, entre parents et alliés en ligne di-

« recte, et entre collatéraux jusqu'au troisième degré;

« 2° Les demandes où par suite de circonstances
« de force majeure ou de raisons légalement admi-
« ses, il n'a pas été possible de se procurer un titre;

« 3° Si le créancier a perdu le titre par suite d'un
« cas fortuit;

« 4° Si les parties se trouvent dans un village où
« personne ne savait rédiger un acte. »

Medjellé, art. 1736 : « L'écriture ou le sceau ne
« peuvent à eux seuls motiver une décision; cepen-
« dant s'ils sont exempts de tout faux et de doute, ils
« peuvent alors servir à motiver le jugement sans
« qu'il y ait lieu de rechercher d'autres moyens de
« preuve. »

Les articles 1606 à 1612 traitent de l'aveu écrit,
c'est-à-dire des reconnaissances sous seing privé.

Par conséquent l'écrit est admis comme moyen de
preuve sans qu'il soit accompagné de témoin, c'est
une preuve exclusive dans certaines hypothèses.

Les témoins devront prêter serment, l'article 70 du
Code de procédure pénale le leur impose. M. Young
signale qu'en acceptant le témoignage comme moyen
de preuve au civil, la commission de rédaction du
Code de procédure civile a demandé comme condition
sine qua non que les témoins prèteraient serment (1).

1. Young, VII, note 19 sous l'article 80 précité.

M. Young fait également remarquer que la même commission s'est prononcée dans le sens de l'indivisibilité de l'aveu (1). Ceci modifierait profondément le droit musulman.

1. Young, VII, note 17 sous l'article 68 du Code de procédure civile.

CHAPITRE II

Codes égyptiens des tribunaux mixtes

Code civil, art. 291. — « Les écrits quand ils sont
« authentiques, c'est-à-dire passés devant des offi-
« ciers compétents, font preuve contre toute per-
« sonne, jusqu'à inscription de faux, des constata-
« tions faites par l'officier rédacteur. »

Art. 292. — « Les écrits sous seing privé font la
« même preuve entre les parties, tant que l'écriture
« ou la signature n'en est pas déniée. »

Art. 293. — « Ils ne font cette preuve à l'égard
« des tiers que s'ils ont date certaine. »

Art. 280. — « Dans toutes matières autres que les
« matières commerciales, et quand il s'agira de som-
« mes ou de valeurs supérieures à 1.000 piastres ou
« indéterminées, les parties qui n'auront pas été empê-
« chées par les circonstances de se procurer un écrit
« constatant l'obligation ou la libération, ne seront
« pas admises à en faire la preuve par témoins ou par
« présomptions. »

Art. 282. — « La preuve testimoniale ou par

« moyen de présomption sera cependant admise lorsqu'« que l'obligation ou la libération sera rendue vrai-« semblable par un écrit émané de la partie. »

Art. 283. — « Il en sera de même quand il y aura« preuve formelle de la perte du titre par cas for-« tuit. »

Les livres de commerce font foi en justice à la condition d'être régulièrement tenus, ils font partie des écrits probants. (Cf. art. 16 à 20 du Code de commerce.)

Lorsque la preuve testimoniale est admise, le témoin prêtera serment : « Il prêtera serment de dire la vérité ; le serment se fera, s'il le demande, dans la forme réglée par ses croyances religieuses. » (Article 243 du Code de procédure civile et commerciale.)

CHAPITRE III

Code tunisien des obligations et des contrats

Ici encore on distingue l'acte authentique de l'acte sous seing privé. L'acte authentique fait foi même à l'égard des tiers jusqu'à inscription de faux. (Article 444.)

Art. 449. — « L'acte sous seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu, fait la même foi que l'acte authentique, envers toutes personnes, des dispositions et énonciations qu'il renferme, dans les conditions énoncées aux articles 144, 145 ci-dessus, sauf en ce qui concerne la date, ainsi qu'il sera dit ci-après. »

En ce qui concerne les tiers, la date certaine est donnée par l'enregistrement, le dépôt de l'acte dans les mains d'un officier public, etc... (art. 450).

Art. 473. — « Les conventions ou autres faits juridiques ayant pour but de créer, de transférer, de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits, et excédant la somme ou valeur de 3.000 francs, ne peuvent être prouvés par témoins ; il doit en

« être passé acte devant notaire ou sous seing
« privé. »

Art. 474. — « Il n'est reçu entre les parties aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, et encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur inférieure à 3.000 francs. Cette règle reçoit exception au cas où il s'agit de prouver des faits de nature à établir le sens des clauses obscures ou ambiguës d'un acte, à en déterminer la portée ou à en constater l'exécution. »

Il y a exception encore en cas de commencement de preuve par écrit, ou bien lorsque le titre a péri par cas fortuit ou bien encore lorsqu'il y a eu impossibilité de se procurer une preuve testimoniale, (art. 477 et 478).

Notons que l'article 438 pose le principe de l'indivisibilité de l'aveu.

CHAPITRE IV

Droit algérien

SECTION I. — *Sphère d'application du droit musulman et organisation judiciaire.*

§ 1. — Sphère d'application du droit musulman.

L'application du droit musulman en Algérie a subi certaines restrictions. Le droit pénal échappe à la loi musulmane et passe sous la loi française, la preuve des infractions à la loi pénale est faite d'après les règles de la loi française. Le késamé n'a plus d'emploi ; le liane subsiste comme preuve de l'adultère en matière de divorce, mais ne peut établir l'adultère pour faire condamner correctionnellement la femme coupable.

A cette première restriction, il faut en ajouter une autre, volontaire celle-là de la part des musulmans ; les musulmans peuvent toujours se soumettre à la loi française, contracter sous l'empire de cette loi et dé-

cider ainsi que la preuve de leurs contrats sera faite selon cette loi (1).

Enfin les biens immobiliers peuvent avoir été l'objet de mesures spéciales ayant pour effets de les placer sous la loi française au point de vue de la preuve de leurs transmissions et des modifications au droit de propriété.

Nous ne voulons pas étudier ici le régime foncier ni les effets des lois foncières.

Le droit musulman n'est donc que partiellement applicable. Son domaine est ainsi fixé par l'article 1^{er} du décret du 17 avril 1889.

« Les musulmans résidant en Algérie continuent
« à être régis par leurs droits et coutumes en ce qui
« concerne : leur statut personnel, leurs successions,
« ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas
« établie conformément à la loi du 26 juillet 1873, ou
« par un titre français, administratif, notarié ou judi-
« ciaire. » Le droit musulman reçoit une application
plus vaste en ce qui concerne la théorie de la preuve
(art. 2) du même décret : « En matière personnelle
« et mobilière, le juge tiendra compte dans l'interpré-
« tation des conventions, dans l'appréciation des faits,
« et dans l'admission de la preuve des coutumes et
« usages des parties. »

1. Art. 3, D. 17 avril 1889 ; art. 2, D. 29 août 1874 ; art. 1^{er}, D. 12 décembre 1859, modifié par D. 13 décembre 1866.

Ces textes s'appliquent à l'Algérie, moins la Kabylie et les territoires de commandement.

Pour la Kabylie la question est réglée par l'article 2 du décret du 29 août 1874, dont les dispositions ont été maintenues en vigueur par l'article 72 du décret du 17 avril 1889 : « Le droit musulman ou kabyle continue à régir les conventions civiles ou commerciales entre indigènes, arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers ainsi que les questions religieuses ou d'état, sauf les modifications qui ont pu ou pourront y être apportées. »

Le décret du 8 janvier 1870 n'a fait qu'organiser l'administration de la justice dans les territoires de commandement, il laisse la sphère d'application du droit musulman déterminée pour ces territoires par les textes antérieurs. Les indigènes y demeurent régis par le droit musulman (D. 13 déc. 1866) sauf, bien entendu, pour ce qui touche aux terres francisées.

§ 2. — Organisation judiciaire.

La justice est rendue en matière musulmane soit par les cadis, soit par des juges français.

En territoire civil moins la Kabylie, on trouve en premier ressort le juge de paix et le cadi. Le juge de paix est le juge de droit commun. Le cadi n'est compétent que pour les contestations relatives au

statut personnel et aux droits successoraux, il n'est compétent que dans les matières qui lui ont été réservées. Depuis le décret du 10 septembre 1886, il n'est pas toujours juge chaque fois que la loi musulmane s'applique.

D'après l'article 7 du décret du 17 avril 1889, modifié par le décret du 25 mai 1892, le cadi, dans certaines localités, se transporte sur les marchés pour y juger à la demande de toutes les parties intéressées, les contestations personnelles et mobilières dont la valeur n'excède pas 200 francs en principal.

Réserve faite de cette compétence spéciale du cadi jugeant sur les marchés, le juge de paix est exclusivement compétent en matière musulmane, pour traiter les actions personnelles, ou mobilières, civiles ou commerciales et pour les actions immobilières relatives à des immeubles régis par la loi musulmane. Il est compétent, mais alors non plus exclusivement, mais concurremment avec le cadi, pour les contestations relatives au statut personnel et aux droits successoraux (art. 37, D. 17 avril 1889 modifié par D. 25 mai 1892).

Le tribunal d'appel tant pour le cadi que pour le juge de paix est le tribunal d'arrondissement. Les Midjlès n'existent plus en territoire civil depuis 1886.

Enfin les jugements des cadis et ceux des juges de paix sont susceptibles d'un pourvoi devant la Cour de cassation en cas d'incompétence ou d'excès de

pouvoir et d'un pourvoi en annulation de la part du procureur général, devant la Cour d'Alger.

En Kabylie l'organisation judiciaire indigène a été supprimée, le juge de paix est juge ordinaire depuis le décret du 29 août 1874.

Les juges de paix connaissent en dernier ressort des affaires personnelles et mobilières civiles ou commerciales jusqu'à la valeur de 200 francs, et de toutes les contestations relatives aux matières religieuses ou d'état, de toutes actions immobilières jusqu'à 20 fr. de revenu, en premier ressort de toutes les contestations relatives aux matières religieuses ou d'état, de toutes actions personnelles ou mobilières civiles ou commerciales dont la valeur excède 200 francs, et de toutes les actions immobilières de 20 à 60 francs de revenu (art. 4, D. 29 août 1874 et art. 24, D. 13 déc. 1866).

Les tribunaux de Bougie et de Tizi-Ouzou connaissent en tant que tribunaux d'appel, des appels des jugements des juges de paix ; et en tant que tribunaux de première instance des actions immobilières d'une valeur indéterminée ou supérieure à 60 francs de revenu.

La Cour d'Alger comme Cour d'appel juge sur les appels formés contre les jugements des tribunaux de Bougie et de Tizi-Ouzou (art. 8, D. 29 août 1874 et art. 4, D. 13 déc. 1879). Elle connaît comme Cour régulatrice sur pourvoi du Procureur général, de

tout jugement des juges de paix et des tribunaux de Tizi-Ouzou et de Bougie, contraires aux principes du droit musulman et des Kanouns (Ch. IV *bis*, D. 25 mai 1891).

Il n'y a pas de pouvoi formé par les parties devant la Cour de cassation (art. 10, D. 29 août 1874).

Pour les territoires de commandement, le texte législatif est le décret du 8 janvier 1870. Le cadi est demeuré le juge de droit commun, il connaît en premier ressort de toutes les affaires civiles et commerciales ainsi que des questions d'état et en dernier ressort des actions personnelles et mobilières jusqu'à 20 francs de revenu. Les tribunaux français ne sont saisis des contestations s'élevant entre indigènes musulmans que si les parties sont d'accord pour se soumettre à leur juridiction et dans ce cas la loi française est appliquée.

Les parties peuvent faire appel dans les trente jours; celui qui fait appel peut ce faisant, ou l'intimé dans les dix jours suivant la réception de l'avis d'appel renoncer à l'examen de l'affaire par le midjlès (1) : sinon le litige est porté devant le midjlès.

Dans le cas où une contestation ne porte ni sur une question d'état ni sur une valeur dépassant

1. Le midjlès est présidé par le cadi qui a rendu le jugement assisté de trois membres désignés annuellement par le Gouverneur général parmi les cadis, muphtis et ulémas de la circonscription. Art. 19, D. 13 déc. 1866.

2.000 francs en capital ou 200 francs en revenu, si l'avis du midjlès est conforme à celui du cadi, l'appel tombe. Dans tous les autres cas l'appel ne conserve son effet que si l'appelant déclare le maintenir.¹

Le tribunal d'appel est le tribunal d'arrondissement (article 37, D. 25 mai 1892 et D. 17 avril 1889). Il n'y a d'autre recours contre le jugement du tribunal que le recours en révision formé par le procureur général devant la Cour d'appel d'Alger (D. 25 mai 1892, article 3).

Nous devons enfin examiner l'organisation des tribunaux abadis.

Après l'annexion du Mzab, on organisa au Mzab des mahakmas et un midjlès. En dehors du Mzab dans le Tell, le décret du 29 décembre 1890 institua des cadis abadis. Les mzabites peuvent y porter leurs contestations soit à la demande des deux parties soit à la demande d'une seule. L'organisation et le fonctionnement des juridictions abadies sont les mêmes que pour les juridictions sunnites dans les mêmes régions.

Nous n'avons pas voulu nous livrer à une étude approfondie de l'organisation judiciaire musulmane, il y a de trop bons ouvrages sur la matière pour que nous y insistions.

Il nous reste à dire que le gouvernement français s'efforce de recruter le mieux possible les cadis, d'autre part, le diplôme de droit musulman est requis à

l'heure actuelle des candidats aux postes de juges de paix et de suppléants de juge de paix.

Les juridictions chargées d'appliquer le droit musulman doivent l'appliquer. Nous nous excusons de cette formule mais il n'est pas inutile d'insister sur l'idée qu'elle exprime. En effet, il y a eu dans la jurisprudence algérienne des erreurs de conduite commises justement parce qu'on a hésité à appliquer strictement le droit musulman.

On a écarté le droit musulman pour lui substituer la loi française dans des cas où le droit musulman devait être appliqué. On l'a fait en se basant sur des considérations d'équité, on a voulu remédier à certains inconvénients ou prétendus inconvénients de la loi musulmane qui paraissaient choquer l'esprit du droit français.

Ces modifications sont illégales et dangereuses, illégales parce que les limites d'application du droit musulman ont été fixées par le législateur, le juge n'a pas à les changer ; dangereuses, parce qu'on tend à faire deux droits musulmans, un appliqué par les cadis, l'autre par les autres juges en matière musulmane. On arrivera à ce qu'un jugement régulier d'un cadi sera infirmé par le tribunal d'appel. On fausse le droit musulman, on mécontente les indigènes. Leur équité n'est pas la nôtre, il est bien inutile de réformer illégalement leur droit, ils ne nous en sauront aucun gré.

Écoutons en effet les réflexions faites dans la légende des « Cent et une séances » sur les cadis choisis par les Français qui ne suivent pas la loi musulmane, réflexions qui s'appliquent aux juges en matière musulmane d'une façon générale : « Les cadis que l'infidèle vous choisira vendront la justice, argent comptant. Où sera la bonne loi mohammédienne ? » « Le cadi arrivera ivre pour siéger : « O lieutenant et successeur du prophète, lui crieront les parties, juge-nous conformément au Code descendu du ciel avec le Coran. » Il les apostrophera du ton de l'homme aviné : « Moi, leur dira-t-il, je ne prononce que conformément aux lois, décrets et règlements que nous devons à M. un Tel. Veuillez disparaître vivement de ma présence, ou je vais vous faire appliquer la peine de l'incarcération (1). »

Le portrait est chargé, mais il prouve que les réformes ne sont pas toujours vues avec un aussi bon œil que nous aimons parfois à l'imaginer. Les rédacteurs du futur Code musulman d'Algérie feront donc bien de ne pas s'éloigner de la « bonne loi mohammédienne », s'ils ne veulent pas que ce Code soit par trop uniquement dû à M. un Tel.

1. J. Desparmet, *L'œuvre de la France en Algérie jugée par les Indigènes*, contenant la traduction partielle des *Cent et une séances*. Séance 79, *Bulletin de la Société de géographie d'Alger*, 1910, p. 181.

SECTION II. — *Quelques moyens de preuve
dans la jurisprudence algérienne.*

§ 1. Aveu,

Au sujet de l'aveu, la seule question qui se soit posée est celle de sa divisibilité ou de son indivisibilité. Fallait-il appliquer la divisibilité de l'aveu ? On pouvait voir un conflit entre la loi musulmane et la loi française ou pour mieux dire entre la loi musulmane et des notions d'équité. Il pouvait paraître injuste qu'un défendeur de bonne foi qui avoue : « devoir mais s'être acquitté » soit victime de la malhonnêteté d'un adversaire qui jure de n'avoir pas été payé. La jurisprudence a cru devoir respecter la loi musulmane et nous ne pouvons que l'en féliciter (1). Nous avons eu l'occasion de parler de l'indivisibilité de l'aveu avec des musulmans instruits, cette notion les choque tout au moins autant que la division de l'aveu peut nous paraître inique.

§ 2. — Preuve testimoniale.

La jurisprudence n'a pas respecté sur ce point le droit musulman. Signalons tout d'abord une réforme

1. Alger, 18 nov. 1876. *Jur. Alg.*, 1876, 26.

qui s'est opérée dans la pratique devant les tribunaux français jugeant au musulman et devant les cadis. Les témoins ne sont pas indignes par le seul fait qu'ils ne sont pas musulmans. Nous estimons que cette réforme est bonne, elle se justifie d'ailleurs d'après les principes du droit musulman. Quelle est la raison qui fait écarter le non musulman déposant contre un musulman ?

Certes les auteurs nous disent bien qu'on ne saurait être honorable sans avoir la vraie foi. Si l'on étudie le fond des choses on voit bien que le non musulman n'est récusé que lorsqu'il témoigne contre un musulman, l'inverse ne se produit pas, le non musulman peut faire un témoignage en faveur d'un musulman, le musulman peut témoigner pour ou contre l'infidèle. « Un dimmi peut être suspecté d'inventer
« des mensonges contre un musulman à cause de la
« haine qu'il lui porte en raison de la supériorité du
« musulman sur lui (1). » Voilà la vraie raison ; il n'y a pas indignité de l'infidèle, sinon il ne faudrait jamais l'admettre même lorsqu'il témoigne contre un infidèle en faveur d'un musulman.

Aujourd'hui la supériorité du musulman sur l'infidèle n'est plus, l'infidèle pourra donc déposer pour ou contre un musulman.

Il semble donc, *à fortiori*, que le témoin ne devra

1. Hedaya, 363.

pas être nécessairement un homme très religieux mais simplement honorable, l'honorabilité étant ici estimée en dehors de la religion.

Les juges français exigent des témoins le serment de dire la vérité, nous avons vu que cela était recommandé lorsqu'on constatait la fréquence des faux témoignages, il n'y a pas ici violation du droit musulman.

La jurisprudence a fait d'autres brèches au droit musulman, elles nous paraissent moins louables.

« Si les juges français peuvent admettre la preuve
« testimoniale, même au-dessus de 150 francs, porte
« un arrêt de la Cour d'Alger, lorsque les parties ont
« contracté sous l'empire de la loi musulmane, il ne
« s'ensuit pas que dans l'établissement de cette preuve
« ils doivent nécessairement s'assujettir aux disposi-
« tions ou aux formalités de ladite loi en cette matière,
« alors que ces dispositions ou formalités se trouvent
« en contradiction avec les principes de la législation
« française... Les juges peuvent contrairement à la
« loi musulmane faire résulter la preuve légale de la
« déposition d'un seul témoin, alors qu'ils prennent
« soin d'ailleurs de fortifier cette preuve par des con-
« sidérations et des présomptions de nature à la com-
« pléter (1). »

1. Alger, 20 juin 1864 ; *Jur. Alg.*, 1864, 23 ; cf. aussi Alger, 2 juin 1863 ; *Jur. Alg.*, 1863, 18 et 22 juin 1869 ; *Jur. Alg.*, 1869, 2 ; G. Massoné, 101.

En somme on en vient à dire que le juge doit apprécier la preuve testimoniale entre musulmans, non d'après la loi musulmane, mais d'après la loi française. L'article 2 du décret de 1889 se trouve ainsi modifié par la jurisprudence. « Le juge tiendra compte dans « l'admission de la preuve des coutumes et usages « des parties, mais pour l'appréciation du point de « savoir si la preuve a été rapportée il n'en tiendra pas « compte, il se référera à la loi française ». Cette modification est dangereuse parce que la preuve est considérée comme faite dans une des deux législations et pas dans l'autre. Il était bien inutile d'ordonner l'application de la loi musulmane en matière d'administration de preuve si l'on doit lui substituer la loi française dans l'appréciation de cette preuve.

Peut-on dire : ce qu'a voulu le législateur c'est permettre l'emploi de la preuve testimoniale dans des cas où la loi française ne l'admettait pas, or l'arrêt de la Cour d'Alger respecte sur ce point la volonté du législateur ; peu importe qu'on apprécie ensuite si la preuve est faite, d'après les principes de la loi française ? Non, parce qu'on ne viole pas moins l'article 2 du décret de 1889 et qu'ensuite on ne réfléchit pas que si la loi musulmane fait une large place à la preuve testimoniale, elle l'entoure de garanties qui ne sont pas toujours imposées par la loi française, dans ce cas on facilite par trop la preuve.

« Ce n'est pas sans raison, écrit Omar bey Loufty,

« que la preuve testimoniale occupe le premier rang
« parmi les modes de preuve, le législateur l'a entou-
« rée de garanties telles qu'elles assurent sa force
« probante (1). » Oublier cette remarque c'est arri-
ver aux attendus suivants du jugement d'un juge de
paix : « Attendu qu'il y a lieu encore de considérer
« que, devant le magistrat français, les formalités si
« minutieuses prescrites par la loi musulmane pour
« être habilité au témoignage ne peuvent être suivies
« ou ne le sont que peu en pratique ; Attendu alors
« qu'en admettant dans une large mesure une preuve
« dépouillée de la plupart des garanties prescrites
« par la loi qui l'autorise, le magistrat modifie le
« caractère de cette preuve et lui enlève sa valeur ;
« qu'il serait presque permis de dire que devant le
« juge français, la preuve testimoniale apportée en
« matière musulmane est inférieure à la même preuve
« apportée devant le cadi observant les règles de
« renseignements et de contrôles ; Attendu par suite
« qu'il semblerait logique de décider que la preuve
« testimoniale, étant dépouillée de sa procédure mu-
« sulmane pour ne plus remplir que des formalités
« de la loi française, elle doit pour ce motif n'être
« autorisée que dans les cas admis par la dite loi
« française (2)... »

Ces attendus contiennent une part de logique. Si

1. Omar bey Loufty, 1^{re} fasc., 70.

2. Justice de Paix de Souk-Ahras, 2 juin 1908, R. A., 1909, 2, 106.

l'on ne prend pas la preuve testimoniale musulmane telle qu'elle est on ferait peut-être bien de ne plus l'admettre comme moyen principal de preuve. Mais il nous semble que le jugement condamne ici le juge. Pourquoi ne pas appliquer le droit musulman lorsqu'on peut et qu'on doit le faire ? On éviterait les réflexions peu flatteuses du jugement pour la façon dont les juges français sont amenés à juger, et ce serait à la fois plus simple et plus légal.

Devra-t-on dire qu'alors le juge français va peut-être se trouver obligé de juger contre sa conscience (1)? Il ne faut pas être si pessimiste et ne pas perdre de vue d'une part que la loi musulmane laisse d'assez grands pouvoirs d'appréciation au juge et d'autre part que la loi française limite aussi les pouvoirs du juge.

§ 3. — Preuve littérale.

Nous rapprochons la preuve littérale de la preuve testimoniale, parce qu'en Algérie il y a eu des arrêts et des jugements que nous avons signalés dans la première partie de cette étude, qui ont voulu faire de la preuve littérale une preuve supérieure. Nous n'insisterons pas sur ce sujet que nous croyons avoir suffisamment exposé, nous nous bornerons à dire qu'aucun texte de loi ou de décret n'étant venu modi-

1. Pfender, thèse, 45, 61, 168, 169.

fier les forces probantes respectives de l'écrit et du témoignage et n'ayant pas admis uniquement la preuve littérale dans certaines hypothèses, il ne convient pas de faire de la preuve littérale une preuve exclusive. On ne doit pas, selon nous, décider le contraire en invoquant que cela « semblerait logique » et que le principe de la supériorité de la preuve écrite « est reconnu par un chef d'État musulman dans un code destiné à des sujets musulmans (1) ». Les codes tunisiens et ottomans sont imbus d'idées modernes, ils réforment la loi musulmane, mais ils ne peuvent réformer le droit musulman en Algérie. Soutenir le contraire, serait oublier que l'Algérie est française.

Une controverse s'est élevée dans la doctrine et dans la jurisprudence au sujet du caractère authentique des actes des cadis.

Le point de départ de la question est l'article 43 de l'ordonnance du 26 septembre 1842. « Les cadis continueront également de constater et rédiger en « forme authentique, les conventions dans lesquelles « des musulmans sont seuls intéressés. » Cela veut-il dire qu'un acte de cadi bénéficiera au point de vue de sa force probante de tous les avantages de l'acte authentique, en prenant l'expression acte authentique dans le sens du Code civil français. Fera-t-il preuve jusqu'à inscription de faux ?

1. Jugement de Souk-Ahras précité.

La négative se trouve contenue dans plusieurs jugements et arrêts (1).

L'affirmative a aussi ses échos en jurisprudence (2).

M. Morand, dans une note sous l'arrêt du 12 mars 1907, soutient que l'acte du cadi est authentique, « l'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises (art. 1317, C. civil) ». « Or, écrit M. Morand, la qualité d'officier public, ne saurait être contestée et n'a jamais été contestée au cadi », et plus loin : « Il ne nous semble nullement démontré que, par l'expression « forme authentique », les rédacteurs des ordonnances de 1834, 1841 et 1842 aient simplement voulu faire allusion au caractère public du cadi et ne se soient pas préoccupés de préciser la valeur, la force qui s'attachent aux actes reçus par lui. Il y a là une affirmation dont il ne paraît pas que la justification ait été faite entièrement. » M. Morand soutient ensuite que la notion d'acte authentique n'était pas étrangère au droit musulman de 1830. Il voit un argument en sa faveur dans ce passage de Venture de Paradis : « Tout billet privé

1. Alger, 9 mai 1857, *Jur. Alg.*, 1857, II, Cassation, 23 novembre 1858, *Jur. Alg.*, 1852-1858. Dalloz, 1859.1.130. Justice de paix, Alger-Sud, 10 juillet 1906 ; et Trib., Alger, 26 novembre 1906. Robe, 1907, 144.

2. Alger, 21 juillet 1869, *Jur. Alg.*, 1869, 23 ; 27 déc. 1892, *R. A.*, 1893.2.33 ; 12 mars 1907, *R. A.*, 1907.2.317.

« même attesté par deux témoins particuliers n'est
« point légal et on peut le nier en justice même
« quand il aurait le cachet : il faut qu'ils soient faits
« par des notaires publics (1). » M. Morand conclut :
« Qu'en principe la preuve par témoins n'est pas
« recevable contre et outre le contenu d'un acte de
« cadi..., que sa force probante persiste tant que la
« preuve d'une falsification, d'un faux n'a pas été
« rapportée. »

M. Pfender admet lui aussi « que les actes de cadis ont désormais acquis tous les caractères des actes authentiques et font foi de leurs énonciations jusqu'à inscription de faux (2). »

Nous estimons que cette opinion est erronée et nous nous rangeons à la doctrine enseignée par M. Larcher (3).

Nous croyons avoir suffisamment montré que le droit musulman ne faisait pas de distinction entre les actes rédigés par des particuliers et ceux rédigés par les cadis. Les auteurs musulmans que nous avons consultés ne parlent pas d'actes authentiques en attribuant à ces actes les mêmes caractères, la même force probante que le droit français. Les actes, quels qu'ils soient, devaient être certifiés sincères par témoins. On a admis par la suite que les témoins

1. *Alger au XVII^e siècle*, éd. Fagnan, p. 162.

2. Pfender, thèse, 37.

3. Larcher. *Traité élémentaire de législation algérienne*, I, n^o 491

n'étaient pas nécessaires et on a introduit la procédure de la vérification d'écriture. Mais le droit musulman ignore l'inscription de faux. Un acte est plus ou moins sincère, on lui attribue une force probante plus ou moins grande selon que les témoins et les rédacteurs sont connus et estimés, mais il n'y a pas entre certains actes et certains autres une différence de nature au point de vue de la force probante.

Faut-il croire qu'il en était autrement à la fin de la domination turque, à la veille de la conquête de l'Algérie. Cela ne nous semble pas établi. Le passage de Venture de Paradis n'est ni suffisamment précis ni suffisamment explicatif surtout, pour que d'après ce seul passage nous puissions dire que les principes de la loi musulmane avaient été totalement modifiés. Les actes faits par notaires publics étaient tenus en meilleure estime que ceux faits par des rédacteurs quelconques plus ou moins honorables, voilà tout ce que l'on peut dire.

Le rédacteur de l'ordonnance de 1842 dit : « Les cadis continueront », il a donc voulu que l'état de chose, ancien se « continue », il n'a pas attribué une force nouvelle aux actes des cadis, il n'a fait que conserver celle existante, il en a été de même en 1841 et en 1834.

L'acte de cadi ne fera donc pas preuve jusqu'à inscription de faux.

M. Rectenwald fait remarquer que dans l'article 51

du décret du 1^{er} octobre 1854 et dans le décret de 1889 la formule « en forme authentique » a disparu, il fait observer de plus que les soins méticuleux avec lesquels a été organisé le régime du notariat n'ont pas été pris vis-à-vis des cadis en tant que notaires(1). La force probante des actes dressés par les cadis nous paraît très justement appréciée par M. Larcher : « La force de l'acte de cadi réside simplement dans la conviction, supérieure généralement à celle qui résulte de la preuve testimoniale, qu'il produit dans l'esprit du juge ; mais on peut toujours prouver par témoins outre et contre son contenu(2). »

M. G. Massonié semble bien ne pas admettre l'authenticité des actes de cadi. Il pose la question de savoir, dans le cas où on l'admet, comment sera jugée l'inscription de faux contre ces actes. Serait-ce conformément au Code de procédure civile devant le tribunal musulman, faudrait-il renvoyer l'affaire à la juridiction civile, ou poursuivre le faux au criminel ? Ces trois systèmes ont eu leurs échos en jurisprudence (Pour le premier : trib. de Blida, 31 décembre 1883. Robe, 1884.43. Alger, 2 mars 1892, *R. A.* 1893.2.365. Pour le deuxième : trib. de Mascara, 13 mai 1896, *R. A.* 1896.2.310. Pour le dernier : trib. de Guelma, 13 mai 1891, Robe, 1893.18) (3).

1. *R. A.*, 1910, I, 125.

2. Larcher, *loc. cit.*

3. G. Massonié, 102.

§ 4. — Le serment.

Deux questions se sont posées à propos de la forme dans laquelle il serait prêté par un musulman. Devant le *cadi* les parties prêtent serment en la forme musulmane. Fallait-il procéder de même lorsque le serment serait prêté devant des juges français ?

La réponse à cette question était simple ; la loi musulmane devait être appliquée sans aucun doute.

La jurisprudence a mal vu le point qui lui était soumis. Elle n'a pas su distinguer de suite les deux hypothèses dans lesquelles était déféré le serment à un indigène, elle a discuté pour savoir si un indigène devait un serment en la forme religieuse musulmane ou en la forme française. La véritable façon de trancher la question était de distinguer si le serment était déféré devant des tribunaux statuant en matière musulmane ou des tribunaux statuant en matière civile (non musulmane). Dans la première hypothèse le serment doit être prêté en la forme musulmane, alors qu'il doit l'être en la forme française dans le deuxième. C'est à cette solution qu'est arrivée la jurisprudence (1).

La seconde question sur la forme du serment est résolue par la première : lorsqu'une femme musul-

1. Alger, 15 juillet 1903, *R. A.* 1904.2.349.

mane doit prêter serment l'obligera-t-on à prêter le serment devant le juge en public ou bien la femme pourra-t-elle prêter le serment à domicile. M. Esseytte critique un arrêt de la Cour de Pondichéry du 7 juin 1851, ordonnant à une jeune veuve musulmane de venir prêter le serment à l'audience : « At-
« tendu que cette qualité ne constitue pas pour la
« femme musulmane une obligation suffisamment
« constatée de ne pas sortir de son domicile ; que
« les usages de réclusion pour les femmes indigènes
« tendent à s'altérer tous les jours ; que les femmes
« musulmanes apparaissent sans scrupule devant les
« yeux des hommes et dans les lieux publics. »
M. Eyssette condamne cet arrêt en faisant remarquer que l'on va mettre une femme dans l'alternative suivante : perdre son procès, ou faire une chose qui lui est interdite par sa morale et ses mœurs (1).

Si on n'était pas en matière musulmane, il faudrait avec la Cour de Pondichéry rechercher si le motif invoqué par la femme peut ne pas venir prêter serment à l'audience était ou non compris dans l'article 121 du Code de procédure civile. Mais si on se trouve en matière musulmane, c'est d'après la loi musulmane qu'il faudra apprécier si la femme doit ou non comparaître à l'audience pour prêter serment.

1. A. Eyssette, *Jurisprudence et doctrine de la Cour d'appel de Pondichéry*, t. II, 9^e arrêt.

La question n'est pas signalée, à notre connaissance, dans les recueils de jurisprudence algérienne. En Algérie très certainement les usages de réclusion s'altèrent, mais il y a encore des femmes qui se croient tenues de les respecter ou qui y sont tenues. Dès lors il ne sera pas plus inadmissible d'accéder à leur désir, de prêter serment à domicile que de répondre à la demande des plaideurs qui se défèrent des serments sur des marabouts situés à plusieurs kilomètres de la ville où siège le juge.

Dira-t-on qu'il y a un préjugé de la part des femmes musulmanes à ne pas vouloir s'exhiber en public ? Certes c'en est un ; mais l'on respecte tellement d'autres préjugés des indigènes, et si choquants pourtant pour nos mœurs et même l'ordre public !

La question s'est aussi posée : le juge peut-il apprécier si le serment décisoir est ou non nécessaire et le repousser lorsque la demande lui paraît démentie ou contredite par les renseignements fournis et si la résistance du défendeur lui semble justifiée ? Un jugement dans ce sens est critiqué par M. Morand qui estime, avec raison, que le tribunal statuant en matière musulmane devait appliquer la loi musulmane et par conséquent déférer le serment (1).

1. Trib. d'Alger, 14 novembre 1904. R. A. 1905, 2, 303 et la note.

§ 5. — Présomptions.

Il y aura lieu de suivre la loi musulmane quant à l'admission des présomptions et quant à l'appréciation de leur force probante.

Certaines présomptions de la loi musulmane ont parfois paru choquantes et on les a écartées, par exemple celles fixant la durée de la grossesse (1). On refuse d'appliquer la loi musulmane en des matières où le législateur avait cru devoir la maintenir. Ce premier point est assez grave.

Il ne faut pas oublier non plus que l'exagération de la durée légale de la gestation avait sa raison d'être. On évitait aux femmes coupables de cohabitation illicite le châtement punissant ce crime, en proclamant légitimes des enfants qui ne l'étaient pas. Peut-on dire que l'adultère n'étant plus aussi sévèrement puni, il n'y a plus aucune raison de maintenir des présomptions qui sont en contradiction avec la science gynécologique moderne ?

Ici encore nous sommes d'avis que si l'on veut une réforme elle doit venir du législateur.

La réforme principale apportée en matière de présomption au droit musulman en Algérie porte sur

1. Trib. Constantine, 8 oct. 1909 ; *R. A.* 1905 2,277 et la note. C. Alger, 23 nov. 1861 et 9 février 1869 ; *Jur. Algér.*, 1861,60 et 1869,1.

l'autorité de la chose jugée. Nous avons vu qu'il était inexact de dire que le droit musulman ignorait l'autorité de la chose jugée. Si cette question a pu faire naître des doutes, ces doutes n'existent plus pour le droit musulman algérien.

« Aujourd'hui, en effet, les jugements rendus par les magistrats indigènes ont très certainement l'autorité de la chose jugée ou sont susceptibles de l'acquiescer (1). »

La discussion dont l'intérêt s'affaiblit avec le temps ne porte plus que sur le point de savoir si cette autorité de la chose jugée existe depuis l'ordonnance du 26 septembre 1842 ou seulement depuis le décret du 1^{er} octobre 1854. L'ordonnance de 1842, en déférant les appels des décisions des cadis à la Cour d'Alger n'a-t-elle pas reconnu par cela même que les décisions contre lesquelles il n'y aurait point d'appel seraient définitives ? La jurisprudence a varié sur ce point (2), mais depuis 1854 l'autorité de la chose jugée existe indiscutablement (3), sinon à quoi servirait la réglementation des recours ?

Si un Européen devient l'ayant cause d'un musulman postérieurement à un jugement rendu en matière musulmane contre le musulman, le jugement a

1. Morand, *Droit musulman algérien*, 352.

2. Alger, 25 mai 1863, Robe, 1863, 107 ; 16 octobre 1861, Robe, 1861, 198 ; 25 nov. 1862, Robe, 1862, 268.

3. Alger, 11 février 1890, R. A., 1890.2.331.

force de chose jugée aussi bien contre l'ayant cause européen que contre le musulman (1).

SECTION III. — *Conflits entre les différents rites.*

Un conflit peut se produire en Algérie entre différents rites ; comment conviendra-t-il de déterminer le rite applicable ?

Pour la Kabylie l'article 3 du décret du 29 août 1874 s'exprime ainsi : « Entre indigènes, arabes ou « kabyles ou musulmans étrangers, soumis à des lois « différentes quant à l'objet de la convention ou de « la contestation, la loi applicable sera : en matière « réelle celle du lieu de la situation de l'immeuble « et en matière personnelle et mobilière celle du lieu « où s'est formé le contrat ou, à défaut de conven- « tion, la loi du lieu où s'est accompli le fait qui a « donné naissance à l'obligation. Si les parties ont « indiqué lors du contrat à quelle loi elles enten- « daient se soumettre, cette loi sera appliquée. »

Il semble cependant que si deux musulmans contractaient en matière personnelle et mobilière en Kabylie, la loi applicable serait la loi musulmane et non la coutume kabyle (2).

1. C. Alger, 2 janvier 1862 et 6 juin 1862 et 6 juin 1864, *Jur. Algér.*, 1862,1 et 1864,31 ; Morand, *loc. cit.*

2. C. Alger, 7 octobre 1890, *R. A.* 1890,2,563.

Pour le territoire civil et les territoires de commandement, il n'y a pas de texte, on doit recourir à la loi musulmane pour déterminer le choix du rite. C'est au défendeur qu'appartient le choix du rite (1) sauf dans le cas où il n'y a pas de cadi du rite qu'il choisit, un cadi ne jugeant que conformément à son rite. Les juges français n'ayant pas de rites déterminés à appliquer, on pourra devant eux choisir le rite qu'on voudra.

« Cette règle permet-elle à un défendeur d'exiger
« que la contestation soit jugée d'après les prescrip-
« tions de tel rite que bon lui semble dès l'instant
« où il y trouve son intérêt ? ou l'autorise-t-elle sim-
« plement à imposer au demandeur la juridiction du
« cadi de son rite à lui défendeur ? Cette dernière
« interprétation donne toute satisfaction à l'équité,
« un plaideur n'ayant pas, semble-t-il, le droit de
« se plaindre dès l'instant où il lui est fait applica-
« tion des prescriptions de sa propre loi. D'autre
« part, elle est, de tout point, conforme à l'esprit de
« la législation musulmane qui, si elle place tous
« les rites orthodoxes sur un pied d'égalité et tolère
« le changement de rite, ne paraît le tolérer que pour
« l'application complète, non pour une question iso-
« lée (Charani, Balance, p. 64) (2). »

1. Décret beylikal du 25 mai 1876, art. 9 ; Bompard, *Législation de la Tunisie*, page 279.

2. M. Morand, note sous trib., Tunis, 1^{er} avril 1908, *R. A.* 1909.2.397.

Toutefois, et M. Morand le fait remarquer, la première interprétation a prévalu en pratique en Tunisie comme en Algérie et d'après le Cheikh-el-Islam de Tunis « lorsque l'affaire étant soumise par le demandeur au juge d'un rite, le défendeur, avant qu'il y ait eu commencement d'exposition devant le juge, demande le renvoi devant le juge du rite différent, cela ne peut lui être refusé (1). »

Un conflit de loi peut-il se produire, à propos de la théorie des preuves, entre le droit français et le droit musulman ? Cela semble assez difficile, car dès qu'un européen est en cause, la loi musulmane n'est plus applicable.

On ne saurait, lorsqu'un européen plaide contre un musulman, déférer au musulman un serment selon la loi musulmane, établir contre lui par témoins une obligation dépassant 150 francs ou diviser contre le musulman son aveu. Cependant il y a eu à un moment donné et il y a peut-être à l'heure actuelle en Kabylie une extension possible de la loi musulmane entre européens et musulmans.

Cette extension de la loi musulmane était due à l'article 31 de l'ordonnance du 26 septembre 1842 reproduisant l'article 37 de l'ordonnance du 10 août 1834. « Dans les contestations entre français ou étran-

1. *Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi*, trad. Goguyer p. 10.

« gers ou indigènes, la loi française ou celle du pays
« est appliquée selon la nature de l'objet en litige, la
« teneur de la convention, et, à défaut de convention,
« selon les circonstances ou l'intention présumée des
« parties. »

Cette disposition a été abrogée par les décrets du 10 septembre 1886, article 74, et du 17 avril 1889. Mais le point contesté à l'heure actuelle est si elle est encore en vigueur en Kabylie.

La jurisprudence considère que cette disposition subsiste pour la Kabylie (1). Elle s'appuie sur ce que les décrets de 1886 et de 1889 exceptent de leur application les ressorts des tribunaux de Tizi-Ouzou et de Bougie, qui restent « provisoirement » soumis au décret du 29 août 1874. Or l'article 1^{er} de ce décret porte que « les tribunaux de Tizi-Ouzou et de Bougie, « et les juges de paix de leurs ressorts, statuant sur « les actions civiles et commerciales autres que celles qui intéressent les indigènes, kabyles ou arabes ou musulmans étrangers, appliqueront la loi française d'après les règles établies pour les autres « tribunaux et justices de paix d'Algérie » ; l'article 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1842 étant alors en vigueur, il faudra en tenir compte, elle faisait partie de la loi française appliquée dans le reste de l'Algérie.

1. Trib. de Tizi-Ouzou, 3 juin 1908, *R. A.*, 1962.2.99.

Cette argumentation n'a pas convaincu tout le monde. L'exception qui subsiste ou subsisterait en faveur des kabyles s'explique assez peu, il faut l'avouer, mais subsiste-t-elle ? M. Larcher (1) voit une abrogation de l'article 37 de l'ordonnance de 1842 dans le décret du 29 août 1874, qui dispose qu'il faudra appliquer la loi française quand les parties au procès ne seront pas uniquement des indigènes ou des musulmans étrangers. La jurisprudence soutient que la loi française qui doit être appliquée est la loi française d'après les règles établies par les autres tribunaux. Cette loi française comprend l'ordonnance de 1842. Nous sommes porté à pencher du côté de la jurisprudence quoique à regret, disons-le, le maintien de l'ordonnance de 1842 en Kabylie, n'ayant plus de raison d'être, car ce qu'on voulait c'était permettre l'emploi de la preuve testimoniale là où la preuve littérale aurait dû être exigée, or les kabyles sont plus instruits que les autres indigènes.

Faut-il permettre à l'européen aussi bien qu'à l'indigène de se prévaloir de la disposition de l'ordonnance de 1842 ? Quelques arrêts la lui accordent par réciprocité (2), mais d'autres la lui refusent considérant que la disposition de l'ordonnance ne s'expli-

1. Larcher. *Traité de Législation Algérienne*, II, n^{os} 995, 997; et la note sous le jugement précité.

2. Alger, 3 juin 1868 ; *Jur. Alg.*, 1863, 37.

Trib. Tizi-Ouzou, 3 juin 1908 ; *R. A.* 1909.2.49.

que qu'en faveur de l'indigène à cause de son ignorance, l'indigène est ici considéré comme un incapable, il peut seul se prévaloir des dispositions prises pour sa protection (1).

1. Alger, 22 mai 1886 et 26 décembre 1884. *R. A.* 1887,2,129, et la note de Larcher précitée.

CONCLUSION

Nous n'avons pas parlé au cours de notre étude des efforts faits en Algérie pour la constitution de l'état civil des indigènes et pour l'établissement de la propriété foncière. Nous avons passé également sous silence bien des choses qui restent à dire en matière de preuve, mais qui nous paraissent appartenir beaucoup plus à la législation algérienne qu'au droit musulman. Nous nous étions proposé d'étudier la théorie de la preuve en droit musulman, et ensuite d'envisager l'application de cette théorie en Algérie. Nous pensons avoir suffisamment traité la première partie de cette étude, quant à la seconde nous reconnaissons qu'elle fut brève, trop peut-être, mais d'autre part nous ne pouvions répéter dans la seconde partie de notre étude ce que nous avons dit dans la première. Nous pensons que l'application du droit musulman en Algérie n'offre pas de grandes difficultés si l'on se tient dans les limites exactes de la légalité.

La théorie de la preuve en droit musulman nous apparaît comme une construction juridique assez

méthodique, il ne faudrait pas modifier certains points sans examiner la répercussion des innovations sur l'ensemble. Nous avons pu paraître hostile aux projets de réforme, il ne faudrait point nous considérer comme absolument ennemi du progrès. Nous ne pouvons contester que les besoins du jour réclament parfois une modernisation d'une législation, mais nous voulons que si modernisation il y a, elle soit légale. A cette condition on peut songer à réformer. Le droit musulman a évolué en Turquie, en Égypte et en Tunisie, on pourra donc s'inspirer des retouches faites au droit musulman dans des états musulmans pour en apporter au droit musulman algérien. Il ne faudra cependant pas bouleverser entièrement le droit actuel, certaines modifications seront facilitées par la loi musulmane elle-même, on pourra par exemple imposer dans certaines hypothèses la preuve littérale en se basant sur le Coran (1). Mais si l'on doit trop changer le caractère de la loi musulmane, autant édicter l'application de la loi française. Sinon à quoi arrivera-t-on? A un droit musulman qui n'aura plus de « mahommédien » que le nom et qui sera une fausse copie de la loi française avec quelques « bizarreries » en plus.

Certain auteur (2) semble regretter l'inapplication

1. Projet de codification : art. 56 pour le mariage ; 406 pour le testament ; 467 pour le hobous.

2. Henri Pensa, *L'Algérie*, p. 322 et 352.

du droit musulman en matière pénale en ce qui touche la preuve des crimes, il rapporte une critique adressée par des indigènes contre la suppression du serment en matière criminelle. « Un cheik au nom
« des individus de la commune de Jemmapes, de-
« mande en raison des nombreux vols et de l'impuis-
« sance de la police, que le droit coutumier de défé-
« rer le serment aux divers membres d'une famille
« dont un individu est accusé de vol leur soit appli-
« qué » et plus loin : « Si l'on veut prévenir les faux
« témoignages si nombreux, on doit rétablir l'ancien
« usage du serment. Lorsqu'un individu était accusé
« et qu'il niait, le cheik accompagnait sept membres
« de la famille de l'accusé devant un tombeau res-
« pecté, et tous successivement prêtaient serment en
« étendant les deux bras vers le tombeau. Quand ce
« n'est pas la vérité qu'on va dire, le marabout arrête
« la parole dans la gorge. » Faut-il rénover ce ser-
ment collectif en matière pénale ?

Il s'agit là d'usages locaux et non de droit musulman. Ces usages variaient d'une contrée à l'autre, nous ne croyons pas qu'il faille les faire revivre, car de deux choses l'une : ou l'on imposerait à toute l'Algérie les anciens usages de quelques tribus, ou l'on arriverait à la diversité du droit pénal. On évoluerait vers la multiplicité des codes d'instruction criminelle en Algérie. On ferait marche en arrière, nous ne croyons pas que le progrès vienne de ce côté.

Pour ce qui est des réformes, ceux qui les feront devront méditer le passage des *Cent et une séances* et celui de *l'Esprit des Lois* « Comme les lois civiles
« dépendent des lois politiques, parce que c'est tou-
« jours pour une société qu'elles sont faites, il serait
« bon que, quand on veut porter une loi civile d'une
« nation chez une autre, on examinât auparavant si
« elles ont toutes les deux les mêmes institutions et
« le même droit politique (1). »

1. Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXIX, ch. XIII.

Vu : le Doyen,
CAUWES

Vu : le Président de la thèse
MASSIGLI

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice Recteur de l'Académie
LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.	7
BIBLIOGRAPHIE	13
INTRODUCTION.	19

PREMIÈRE PARTIE

Droit musulman classique.

TITRE PREMIER. — *Mécanisme de la Preuve.*

CHAPITRE PREMIER. — Rôle du cadi	33
APPENDICE. — Rites hérétiques.	42
Rite chiïte.	42
Rite abadi.	44
CHAPITRE II. — Charge de la preuve	46
<i>Section I.</i> — Qui doit faire la preuve.	46
<i>Section II.</i> — Facilités et rigueurs de la preuve.	53
<i>Section III.</i> — Déchéance du droit de prouver	60
APPENDICE. — Rites hérétiques.	67
Rite chiïte.	67
Rite abadi.	69

TITRE II. — *Moyens de preuve.*

CHAPITRE PREMIER. — L'aveu. El Ikrar	71
<i>Section I.</i> — Validité de l'aveu.	71

<i>Section II.</i> — Formes de l'aveu.	82
<i>Section III.</i> — Rétractation de l'aveu.	85
<i>Section IV.</i> — Restrictions et rectifications apportées à l'aveu.	87
<i>Section V.</i> — Précision de l'aveu.	90
<i>Section VI.</i> — Divisibilité de l'aveu.	99
<i>Section VII.</i> — Effet personnel de l'aveu contre le moukir.	104
APPENDICE. — Rites hérétiques.	107
Rite chiite	107
Rite abadi	113
CHAPITRE II. — Le témoignage	116
<i>Section I.</i> — Définition. Caractères	116
<i>Section II.</i> — Honorabilité du témoin.	123
<i>Section III.</i> — Récusation pour cause de parenté, alliance, intérêt, inimitié	135
<i>Section IV.</i> — Age et sexe du témoin	145
<i>Section V.</i> — Témoin aveugle, sourd, muet	152
<i>Section VI.</i> — Moment où l'on se place pour apprécier la capacité d'un témoin	154
<i>Section VII.</i> — Enquête sur l'honorabilité. Tazkieh.	157
<i>Section VIII.</i> — Nombre des témoins	166
<i>Section IX.</i> — Obligation pour le témoin de connaître la partie.	170
<i>Section X.</i> — Formes du témoignage.	172
§ 1. — Généralités	172
§ 2. — Témoignage rapporté	176
§ 3. — Commune renommée	180
<i>Section XI.</i> — Modification et rétractation du témoignage	184
§ 1. — Modification du témoignage.	184
§ 2. — Rétractation du témoignage.	186
APPENDICE. — Rites hérétiques.	198
Rite chiite	198
Rite abadi	210

CHAPITRE III. — L'expertise.	215
APPENDICE. — Rites hérétiques.	219
Rite chiïte.	219
CHAPITRE IV. — Le serment. El Yemin.	221
<i>Section I.</i> — Qui doit prêter serment.	221
<i>Section II.</i> — Formes du serment.	227
<i>Section III.</i> — Effets du serment	235
<i>Section IV.</i> — Capacité pour prêter serment.	242
<i>Section V.</i> — Le juge doit-il être autorisé par l'une des parties pour déférer le serment à l'autre.	244
<i>Nota</i>	254
APPENDICE. — Rites hérétiques.	260
Rite chiïte.	260
Rite abadi	264
CHAPITRE V. — Le serment d'anathème. El Liane	265
APPENDICE. — Rites hérétiques.	275
Rite chiïte.	275
Rite abadi.	277
CHAPITRE VI. — Le serment cinquantenaire. El Késamé.	278
APPENDICE. — Rites hérétiques.	293
Rite chiïte	293
Rite abadi	295
CHAPITRE VII. — La preuve littérale.	296
APPENDICE. — Rites hérétiques.	304
Rite chiïte	304
Rite abadi	304
CHAPITRE VIII. — Les présomptions	306
APPENDICE. — Rites hérétiques.	309
CHAPITRE VIII <i>bis.</i> — L'autorité de la chose jugée.	311
APPENDICE. — Rites hérétiques.	324
Rite chiïte	324
Rite abadi.	325

TITRE III. — <i>Conflits de preuves.</i>	326
APPENDICE. — Rites hérétiques.	341
Rite chiite	341
Rite abadi	343

ANNEXE

La preuve dans la coutume kabyle	345
--	-----

DEUXIÈME PARTIE

Droit musulman moderne.

CHAPITRE PREMIER. — Droit ottoman.	361
CHAPITRE II. — Codes égyptiens des tribunaux mixtes.	365
CHAPITRE III. — Code tunisien des obligations et des contrats	367
CHAPITRE IV. — Droit algérien	369
<i>Section I.</i> — Sphère d'application du Droit musul- man. Organisation judiciaire	369
<i>Section II.</i> — Quelques moyens de preuve dans la jurisprudence algérienne.	378
<i>Section III.</i> — Conflits entre les différents rites.	394
CONCLUSION	400
TABLE	405

